This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

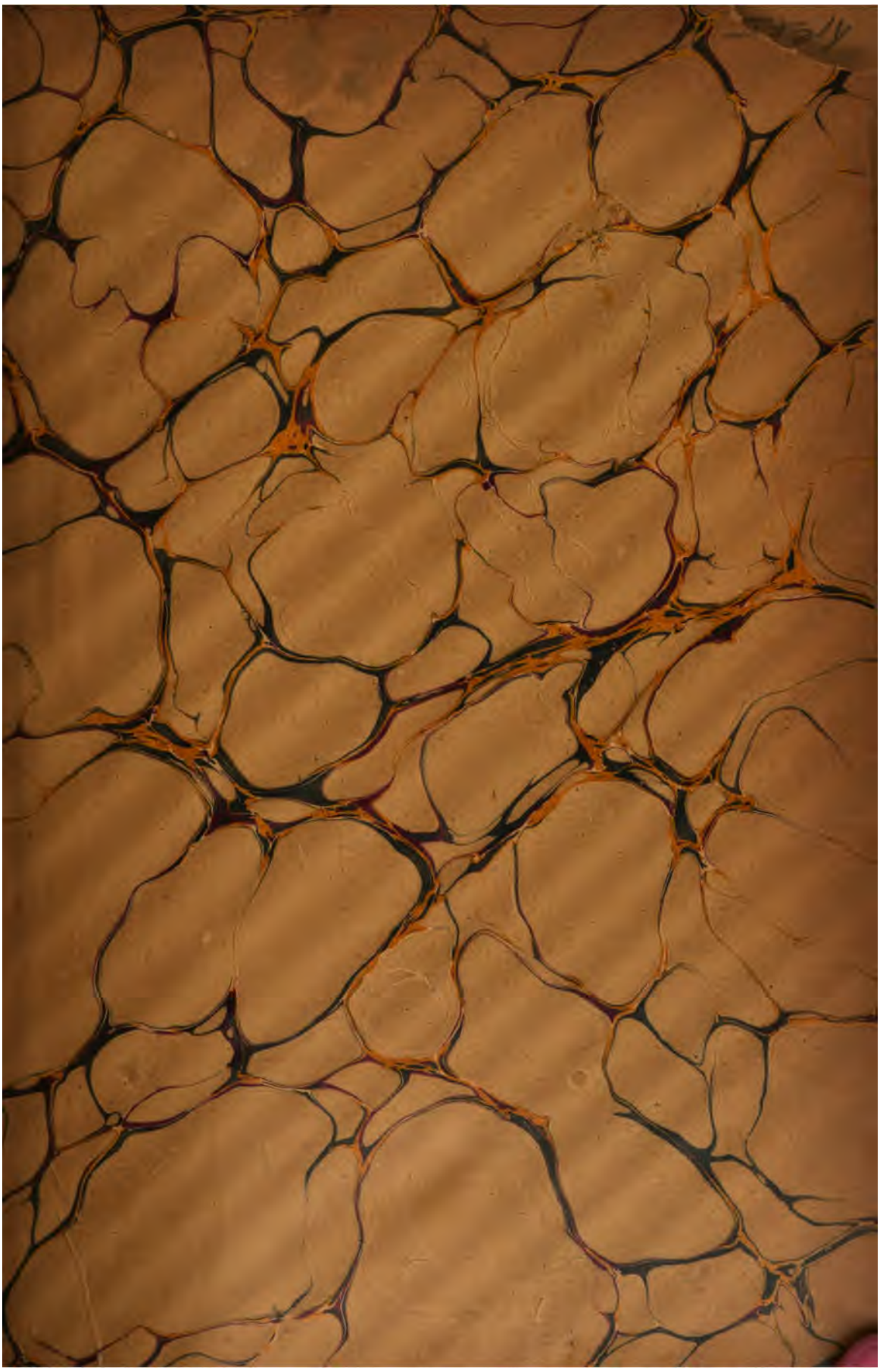
Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 619 759

HARVARD LAW LIBRARY.

Received May 27, 1903



ITALY

OPERE COMPLETE

DI

ENRICO CIMBALI

OPERE COMPLETE

DI

ENRICO CIMBALI

— II. —

DEL POSSESSO

PER ACQUISTARE I FRUTTI

Seconda edizione.

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

33 - VIA CARLO ALBERTO - 33

MILANO | ROMA | NAPOLI

Via San Vicenzino, 14 | Piazza San Silvestro, 75 | Calata Trinità Maggiore, 53

FIRENZE - PALERMO - CATANIA - MESSINA - CAGLIARI

1897

JTA
915
Cim

PROPRIETÀ LETTERARIA

Rec. May 27, 1903

Roma - Forzani e C. tipografi del Senato.

A MIO PADRE

ANTONINO CIMBALI

IN CUI

È RELIGIONE IL DOVERE

VITA IL LAVORO

PENSIERO PERENNE LA FAMIGLIA

E LA PATRIA

AVVERTENZA

Pubblichiamo, in questo secondo volume delle Opere complete *di* ENRICO CIMBALI, *la seconda edizione del libro* Del possesso per acquistare i frutti *venuto fuori, la prima volta, nel 1879, in Napoli, co' tipi dell' editore Riccardo Marghieri, il quale lo inserì nella sua accreditata* Biblioteca delle scienze sociali e giuridiche.

« *Sul possesso - diremo con un eminente giureconsulto, che giudicò tanto altamente questo libro - si è scritto e si è scritto assai: materia palpitante del diritto per le umane necessità, ha richiamato le cure di tutti i cultori. Ma il possesso per acquistare i frutti ha una specialità tutta sua e piglia posto di argomento elegante in una materia elegantissima* ».

Benchè l'Autore non fosse, allora, che alle sue prime armi, diede nondimeno prove luminose, nel trattare l'importante soggetto, di quella profondità di studî, di quella maturità di convincimenti e di quella novità di vedute che dovevano, fra non molto, condurlo a schiudere, con plauso così universale, i nuovi orizzonti della legislazione civile.

Teoria scientifica e insieme comento pratico ed esuberante altresì di quella geniale vitalità che vi fu riconosciuta unanimemente dai critici, il libro nulla ha perduto, collo scorrere del tempo, della sua feconda freschezza giovanile; e noi ci lusinghiamo che esso sarà per riuscire sempre utile ai bisogni della Scienza non meno che a quelli del Foro.

Torino, giugno 1897.

L'UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE.

DEL POSSESSO

PER

ACQUISTARE I FRUTTI

NOZIONI GENERALI

CAPITOLO I.

FONDAMENTO DELLA PROTEZIONE DEL POSSESSO

1. — La protezione costante, che le leggi di ogni tempo hanno, con tenace intendimento, accordato al possesso, ci viene testimoniata largamente dalla storia della legislazione. E la civiltà — lungi dal contrastare o porre in sospetto questa istituzione che, tollerata prima, è venuta poi ad affermarsi emula e rivale del dritto assoluto di proprietà, contendendogli i privilegi e le prerogative — si è studiata, invece, di allargarne le basi e giustificarne l'esistenza.

O che si guardi nel possesso l'espressione ordinaria e l'esercizio materiale del dritto di proprietà; o che si voglia rispettata ed illesa l'umana personalità anche nelle sue illegittime manifestazioni, le quali, se creano l'obbligo al risarcimento, non negano il dritto al rispetto ed alla conservazione della medesima; o che l'ordine sociale, temendo una minaccia di turbamento e di violenza nel libero esplicarsi della giustizia privata, reclami il mantenimento provvisorio di certi rapporti, sinchè non abbia pronunziato una parola serena di riparazione la sentenza del magistrato; o che si intenda, infine, costruire del possesso un diritto a sè, che l'inerzia e la colpa del proprietario ha fecondato e posto in essere — si chiarisce sempre razionalmente legittima la protezione efficace accordata universalmente al possesso.

Siffatta protezione però ottiene maggiori prerogative e più larghe guarentigie di favore ogni volta che al vincolo materiale colla cosa si aggiunge nell' animo del possessore la coscienza incolpevole e tranquilla di esercitare col possesso un dritto legittimamente acquistato — *Bona fides tantundem possidenti praestat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est* (1).

Quasi certe attinenze giuridiche, rispondendo pienamente ad alti e sentiti bisogni sociali, contengano tanta evidenza di motivi e tanta forza di attuazione da imporsi costantemente, malgrado i tempi e i sistemi informativi delle diverse legislazioni, basta volgere uno sguardo alla storia delle medesime perchè si vegga nelle guarentigie del possesso serbata, per quanto è possibile, non interrotta la tradizione legislativa.

2. — L'assetto sociale della proprietà, che trova giustificazione e limite nel lavoro, perchè risponda compiutamente al suo fine e serbi intero il prestigio della sua legittimità, abbisogna di certi espedienti e di certi correttivi che, pur mantenendo saldo e vivo il principio giustificativo della medesima, le impediscano a un tempo di deviare dalle sue origini e corrompersi. A tale ufficio, e con mirabile effetto, adempie in gran parte il possesso.

Ai vecchi proprietari, che sentono di giorno in giorno scemarsi nell'animo l'amore e la tradizione del lavoro e che rendono, con condotta deplorevole di abbandono e d'inerzia, ognor più giustificati i reclami delle classi non abbienti, è di utile ed efficace avvertimento la parola della legge che minaccia di punirne la colpevole negligenza, col privarli in tutto o in parte dei vantaggi derivanti dal dritto di proprietà. Nè meno importante è l' idea, che si è venuta mano mano formando, dell'alto ufficio che adempie lo Stato nel promuovere la produzione nazionale della ricchezza: sì per crearsi una guarentigia d' indipendenza nei rapporti del com-

(1) Fr. 136, *Dig.*, « De divers. reg. jur. », L, 17.

mercio internazionale, sì perchè ognor più urgente si avverte il bisogno di sviluppare ed estendere l'opera e l'industria dell'uomo, per integrare l'attività e le forze deficienti della natura che dà segno di esaurimento e di stanchezza.

3. — Del pari imperiosi si porgono i motivi che impongono di favorire il possesso, quando dalla sfera di ordine generale scendiamo a contemplare i rapporti particolari sorgenti tra il possessore e il proprietario rimpetto alla cosa.

Il possessore vede in essa il frutto del risparmio e delle fatiche quotidiane; sente ogni giorno, col lavoro e il capitale che vi impiega, crescersi l'amore e l'attaccamento alla medesima; fa della sua rendita un cespite sicuro di entrata per la famiglia; si procura nuovi bisogni come aumentano i mezzi di soddisfazione; e, nella serenità di una coscienza spesso incontaminata, prova le gioje e i dolori, le ansie angosciose e i trepidi desiderî di chi sa che gran parte della sua fortuna poggia su un obbietto che gli appartiene. Il proprietario, all' incontro, trascurando l'esercizio de' suoi dritti, sente ogni giorno venirsi meno il sentimento de' suoi doveri e le cure dei beni che sono nel suo patrimonio, e lascia che altri, più vigile ed operoso di lui, occupi mano mano qnel posto che per dritto gli spetterebbe : ei cessa di raccogliervi la rendita come cessa di spendervi il capitale e il lavoro. Così, a misura che il primo si accosta per continua azione alla cosa, il secondo si allontana per continua inazione : son due forze contrarie, di cui l'una è destinata a cedere il campo, poichè le manca il principio vitale che la tenga in moto; mentre l'altra diviene più gagliarda e più sicura come crescono gl' interni impulsi e scemano le esterne resistenze.

4. — Frutto dell'attività diretta ad un fine utile e della coscienza di tale attività, il dritto di proprietà perde ogni suo carattere come cessa l'una e l'altra: la materia del dritto non basta quando essa non è accompagnata dalla coscienza del dritto. Sia incuria o desidia, disprezzo o abban-

dono quello del proprietario, egli non può sottrarsi impunemente agli obblighi che al dritto di proprietà impone la natura; la quale, se consente a ciascuno di godere delle sue forze ad esclusione degli altri, non lo è che nel fine di poterle meglio adoperare e farle concorrere ai bisogni dell'uomo, affidandone l'esplicazione alla leva potente dell'interesse individuale. La proprietà, come è ordinata dalla natura, non serve all'individuo ma alla specie.

Colui che, non sapendo usare de' suoi beni, lascia che altri ne usi in sua vece, conforme ai veri fini della natura, non può poscia, a suo arbitrio, spogliarlo, senza che commetta un atto di aperta ingiustizia. Libero di rischiarare a tempo un uomo di buona fede, di minacciarlo se resiste, non avrà più il dritto di turbarlo nella tranquillità del suo possesso e di metterne a rovina la fortuna, frutto della fatica e del risparmio di tanti anni, poi che il tempo ha sperso in lui le tracce dell'antico dominio, e fecondato in quello le speranze, le aspettative e la certezza d'un dominio novello. La legge non gli accorderà più il potere di ripigliare la sua proprietà: o ha visto e ha taciuto, mentre era in grado di farsi vivo ed accorrere, ed allora *taciturnitas et patientia consensum imitantur;* o ha trascurato e abbandonato quei dritti, che egli era in obbligo di alimentare e di svolgere, e allora *jura vigilantibus et non dormientibus succurrunt et prosunt.* Questo trattamento egli lo ha meritato; sarà una punizione pel passato e un avviso per l'avvenire.

5. — Se il tempo, preso come semplice misura delle cose, non nega nè afferma i dritti, le forze motrici che si sviluppano in esso, l'alternarsi perpetuo di moto e di quiete dell'uomo e della natura, i grandi ardimenti e le ostinate resistenze, il rimescolarsi incessante di tanti elementi in contrasto, le grandi azioni e le grandi reazioni, l'eterna ed alterna vicenda delle generazioni che vengono, s'incalzano e si affaticano nella lotta perpetua dell'esistenza — sono tali posse che operano, con lento ed assiduo lavorìo, un perenne mutamento così nell'ordine fisico come nell'ordine morale. E

il tempo segna queste che, guardate a breve distanza, sono lievi mutazioni, ma che, guardate un po' da lontano, divengono rivolgimenti e trasformazioni.

Tantum aevi longinqua valet mutare vetustas! (1)

Agente e nobilissimo della natura, l'uomo può, anzi deve concorrere con essa a compiere quei mutamenti che, secondo la bella espressione del Romagnosi, possono « procacciargli la più felice conservazione, accoppiata al più rapido e compiuto perfezionamento » (2). Ma, s'egli si sgomenta e si arretra e lascia che il corso fatale degli eventi si compia senza e contro di lui, non avrà più la forza nè il dritto di sconvolgerli, quando una nuova compagine ed un assetto novello di condizioni, di rapporti e d'interessi si è già formato; poichè le leggi di ordine fisico e morale gli si opporranno: le prime per l'impossibilità di distruggere ciò che già si è creato — *quod factum est infectum fieri nequit* — le seconde per mantenere una retta ed ordinata convivenza, in cui l'arbitrio non pigli il luogo della ragione, dell'operosità l'inerzia. Egli è tenuto a rispettare quei fatti che, per colpevole intendimento, per trascuranza o per impotenza, ha lasciato compiere da sè: poteva accorrere a tempo, rendersi cooperatore ed imprimere agli eventi un impulso che avrebbe afforzato i suoi dritti, avvalorato le sue aspettative: i fatti compiuti non debbono, nè possono sconvolgersi, senza che venga con essi turbato l'ordine sociale.

Ben è vero che non bisogna confondere il dritto col fatto, la materialità dell'azione colla spiritualità della ragione, che serve a giustificarla; ma è vero altresì che il dritto è una forza sociale, la quale, quando non opera e funziona secondo la natura, opera e funziona contro la natura.

Così nel mondo fisico come nel mondo morale, l'ordine non è che nell'armonia risultante dalla molteplicità innu-

(1) VIRGILIUS, *Aeneid*, lib. III, v. 415.
(2) *Assunto primo del diritto naturale*, § 268.

merevole delle forze; le quali, comunque apparentemente in contrasto, concorrono tutte ad un unico fine, svolgendo la loro azione in un dato modo ed in una data sfera che non è possibile oltrepassare. La sanzione dell'ordine fisico consiste nella impossibilità assoluta di operare altrimenti; la sanzione dell'ordine morale consiste nella impossibilità assoluta di operare contrariamente alle leggi, senza che venga meno a un tempo la legittimità e il valore giuridico dell'azione. L'azione che non è conforme alla legge viola la legge — *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quae non facit* (1).

Il dritto, considerato nella sua concretezza, è funzione ordinata che muove da un agente e tende ad un fine: se la funzione non si compie e il fine non si raggiunge, il dritto resta una potenza astratta ed inefficace. Ma la funzione, in cui s' incarna il dritto, è sempre necessaria nella società come quella che mira alla soddisfazione di un bisogno perpetuo della natura; onde il fatto costante ed inesorabile che, dove al dritto non segue la funzione, si esercita la funzione senza il dritto. Può parere sulle prime, ed è di fatti, una violazione del dritto; ma, col tempo, l'azione materiale, quando non trova giusta resistenza in colui che avrebbe la legittima facoltà di compierla, acquista, coll' esercizio continuo e incontrastato del dritto, le condizioni e la coscienza del dritto stesso. Così, senza che venga meno la funzione utile del dritto, cambia solo l'agente che debbe esercitarla, e tale mutamento è giuridicamente legittimo; poichè, rimanendoci dal fare ciò che sarebbe nostro obbligo di fare, porgiamo ad altri l'occasione e la necessità di fare.

« Può sembrar duro », scrive in proposito Stuart-Mill, « che un dritto originariamente giusto, debba essere annullato dal solo scorrere del tempo; ma vi è un termine, oltre il quale la durezza gravita dalla parte opposta, anche con-

(1) Fr. 121, *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.

siderando il caso individuale, e senza riguardo all'effetto generale della sicurezza dei produttori. Rapporto alle ingiustizie degli uomini come ai cataclismi della natura, quanto più rimangono non riparati, tanto maggiori divengono gli ostacoli alla riparazione. Non vi è cosa umana, per quanto semplice e chiara, che debba assolutamente farsi, perchè si poteva fare sessant' anni prima » (1). Così nella proprietà come nella vita, l'oggi non è che la continuazione dell'ieri e la preparazione del domani; ogni perturbazione o spostamento ne rompe l'ordine e sconvolge l'armonia.

6. — Questa gara perenne di attività e di lavoro, di stimoli e di iniziative, che la legge favorisce e alimenta, è una guarentigia di ordine e di sicurezza per la proprietà e per le persone: previene e strema le lotte infeconde dei litigi e vi sostituisce quelle più utili del lavoro; protegge la buona fede ed agevola gl' intenti operosi; promuove, infine, la produzione e porge le condizioni di una migliore ripartizione della ricchezza.

Da tali principî traggono origine e giustamente le misure di protezione e di favore accordate al possesso, che cominciano coll' interdetto e finiscono colla prescrizione. Combattute e messe in sospetto in nome di un dritto olimpico, astratto, e che spesso ha avuto la singolare pretensione di qualificarsi dritto di natura, siffatte misure hanno ottenuto tuttavia un posto di onore nei codici delle più colte nazioni: segno questo che i legislatori obbediscono più presto ai veri bisogni sociali anzichè alle sterili speculazioni ed alle utopie dei filosofi.

Ci sentiamo mossi da un sentimento profondo di venerazione e di rispetto, quante volte leggiamo nel Digesto quelle gravi ed autorevoli parole di Gajo, che hanno fatto meritamente il giro del mondo: *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et vere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad*

(1) *Biblioteca dell' Economista,* vol. XII, pag. 599.

inquirendas res suas statuti temporis spatium (1). I legislatori moderni non pure han conservato, nel fondo, le guarentigie di protezione che il dritto romano accordava al possesso, ma si sono studiati eziandio di farlo servire a nuovi ed importanti uffizi sociali, come nuovi bisogni sono sorti a reclamare maggiore speditezza negli affari e più saldi legami di sicurezza nella proprietà.

CAPITOLO II.

RAPPORTI GIURIDICI NASCENTI DAL POSSESSO

7. — Ogni dritto dell'uomo, tranne quelli che sono inerenti alla persona, perchè dallo stato di facoltà astratta passi allo stato di realtà concreta, ha mestieri di un atto materiale in cui s' incarni per ottenere il fine al quale è rivolto. Ciò, che è vero per tutti i dritti in generale, si mostra verissimo specialmente per quella classe di dritti, che si originano nell'uomo dal rapporto colle cose esteriori e che vanno compresi comunemente nel dritto complesso di proprietà.

L'atto esterno, in cui si esplica il dritto, ne costituisce l' esercizio; inquantochè vi ha un legame logico tra la facoltà di operare in un dato modo riconosciuto dalla legge e l' attuarsi di tale facoltà mediante un fatto che pienamente le risponda. I legislatori, nel dichiarare i vari dritti che spettano all' uomo, sogliono assicurarne l' osservanza e il rispetto per mezzo di azioni, le quali sono intese a prevenire qualunque violazione e a ripararla dov' essa sia avvenuta.

L'uomo deve naturalmente rifuggire dal compiere quegli atti, i quali, non avendo fondamento alcuno di legit-

(1) Fr. 1, *Dig.*, « De usurp. et usuc. », XLI, 3.

timità, non possono assicurargli un godimento stabile e tranquillo. Questa presunzione, tratta dalla natura stessa dell' uomo, è di grande importanza nelle relazioni sociali; poichè, non potendosi a prima giunta scoprire le ragioni intime giustificative di ogni fatto, si ha, nel fatto stesso, una giusta presunzione ch' esso sia l' espressione e l' esercizio legittimo di un dritto.

8. — Il dritto di proprietà, come quello che tende ad affermare il dominio dell' uomo nel mondo esteriore, trova la sua forma concreta di manifestazione nella perpetua ed effettiva corrispondenza tra l' uomo e la cosa che gli appartiene. Il vincolo materiale che lega la persona alla cosa e che, mentre testimonia il potere giuridico dell' una sull' altra, è pure il mezzo efficace per trarre dalla medesima le utilità che è destinata a produrre, si denomina comunemente *possesso*. Il possesso adunque è una funzione del dritto di proprietà, ne è l' esercizio medesimo; e, sotto questo punto di vista, non ha esistenza giuridica a sè. Ma accade sovente, che nella stessa persona non si trovi del pari il dritto e l'esercizio del dritto; e allora o colui, che possiede, possiede in nome e per causa del proprietario, o possiede in nome e per causa propria. Nella prima ipotesi è sempre il proprietario che possiede, col ministero di coloro che in nome e per volontà sua detengono materialmente la cosa; costoro *eam rem non possident sed sunt in possessione ejus rei, illius nomine qui eam per ipsos possidet.* Qualunque sia il titolo per cui detengono siffatte persone, mandato, locazione, deposito, comodato, anticresi, la loro detenzione non contrasta al possesso giuridico del proprietario. *Per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus* (1). — *Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus: nos possidere videmur* (2).

(1) Fr. 25, § 1, *Dig.*, « De adq. vel amit. poss. », XLI, 2.
(2) Fr. 9, *Dig.*, « De adq. vel amit. poss. », XLI, 2

Nella seconda ipotesi, però, il possessore non riconosce nel proprietario il suo dante causa, ma il suo rivale: egli contrappone la pretesa di un dritto al dritto stesso, ed ha dippiù, nella materialità del possesso, la giustificazione apparente della sua pretesa. Il possesso, in tal caso, si porge come un istituto che fa parte da sè, e non è più l'esercizio e l'espressione legittima del dritto di proprietà; poichè al potere fisico sulla cosa non corrisponde egualmente il potere giuridico sulla medesima. *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (1). Alla disponibilità materiale della cosa - *corporis detentio* - che è nel possessore, si oppone la disponibilità legale della medesima - *juris dispositio* - che è nel proprietario.

9. — Allorquando quest'ultimo, in virtù della *plena in re potestas,* che lo pone nel diritto di perseguitare la cosa sua *penes quemcunque possessorem,* reclama colla *reivindicatio* il rilascio della medesima da colui che la detiene coll'intendimento di esserne il proprietario *animo sibi habendi,* si disegna in modo assai spiccato l' attinenza giuridica del possesso.

Il possessore si difende contro l'azione di rivendicazione, intentata dal proprietario, invocando sulla cosa un dritto che questi non gli ha trasmesso in nessuno dei modi riconosciuti dalla legge per trasferire il dominio o una parte di esso. E poichè nessun dritto, di qualunque specie esso sia, può acquistarsi validamente sulla cosa altrui senza il giusto consentimento del proprietario, potrà aversi dal possessore l' apparenza più che l' essenza del dritto di proprietà; essendo impossibile logicamente che il medesimo dritto coesista simultaneamente nell' una e nell' altra persona. Onde il sapiente principio lasciatoci dai giureconsulti romani, che il possesso è qualcosa di fatto anzi che di dritto — *rem facti non juris esse* (2).

(1) Fr. 12, § 8, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.
(2) Fr. 1°, § 3, *Dig*, « De adq. vel amitt. poss. », XLI, 2.

Ma la nozione giuridica del possesso non è punto concepibile senza quella correlativa della proprietà; esso resta semplicemente un fatto in quanto si trova in opposizione di un dritto: se il dritto non esistesse in altri, il possessore sarebbe a un punto proprietario e possessore. — Così abbiamo nel possesso un fatto che, lungi dall' esserne la legittima espressione, contrasta fieramente al dritto; e tale contrasto durerà finchè il fatto non avrà acquistato nel tempo le condizioni per elevarsi a dritto, o il dritto, valendosi delle sue azioni, non avrà ottenuto di far cessare la illegittimità del fatto.

10. — Se il possessore si vanta proprietario della cosa e non lo è di fatti, poichè in nessun modo gli è stato trasferito il dominio della medesima da colui, che solo avrebbe avuto la giusta facoltà di farlo, la sua pretesa debbe naturalmente trarre origine da un fatto, cui sia completamente estranea la persona del proprietario. Questo fatto si compie o che il possessore, giovandosi della assenza e della incuria del proprietario, usurpi tutta o parte della cosa di quest' ultimo; o che, senza che l'occupi da sè, gliene venga trasmesso il dominio da chi non è il vero proprietario della medesima. Così nell' uno come nell' altro caso, se il possessore non ha acquistato veramente il dominio della cosa, poichè gli manca il giusto titolo per divenire proprietario, ne ha sempre la coscienza, essendo quello un fatto capace per sè a porre in essere il dritto di proprietà, se non trovasse ostacolo in un dritto già costituito.

Il possesso, pertanto, presenta le apparenze della proprietà e ne ha tutte le pretese; la qual cosa si pone chiaramente in rilievo allorquando si trovano in presenza il proprietario e il possessore, l' uno a reclamare, l' altro a difendere il dritto sulla cosa. Il possessore, in tal caso, per disfarsi dell'azione promossa dal proprietario, fa appello al dritto istesso di proprietà, che dice di avere validamente acquistato; ma non può in nessun modo invocare, nè fare assegnamento sopra un fatto del proprietario, che generi in costui l' obbligo tassativo di rispettare nel possesso un rapporto

giuridico che tragga origine da un atto della sua volontà. Se ciò non fosse, il possesso si annunzierebbe o come l'esercizio legittimo del dritto di proprietà, giustamente acquistato da colui che aveva la piena facoltà di trasmetterlo, o come l'espressione di un dritto, il quale, comunque tenda ad assicurare il godimento della cosa, mette sempre radice nel fatto del proprietario e trova salda garantia, nell'obbligo immediato di quest' ultimo, a conservare quelle condizioni, che sono necessarie al godimento del dritto. Da ciò la conseguenza inconcussa che il possesso genera un rapporto semplicemente reale tra il proprietario e il possessore, non essendovi alcun legame contrattuale che abbia dato origine ad obbligazioni dirette dell'uno verso dell' altro. Son due sconosciuti che s' incontrano la prima volta per contendersi il dominio della cosa; colla differenza però che l' uno, più che la semplice pretesa, ha il vero dritto a rivendicarla, e l'altro può avere, non meno efficace, la pretesa del dritto congiunta alla fisica detenzione della cosa, ma non ha del pari un giusto titolo di dominio per preservarla dall' azione del proprietario; nell'uno è bensì il dritto di possedere — *jus possidendi;* nell' altro sta, solamente, il fatto del possesso — *jus possessionis.* Il possessore, adunque, ha un titolo fornito di semplice efficacia materiale, sia che si fondi sul fatto della usurpazione della cosa altrui, sia che metta capo al trasferimento del dominio fattogli da chi non aveva dritto alcuno per trasferirlo: in ambo i casi il fatto materiale, comunque congiunto alla volontà di acquistare, non basta a metter su il rapporto giuridico della proprietà, non potendo altrimenti acquistarsi un dritto costituito, che per effetto della volontà del proprietario. E poichè nessun vincolo volontario, rimpetto alla cosa, ha mai legato la persona del possessore a quella del proprietario, ben può affermarsi non esistere tra loro, a causa del possesso, altro che un semplice rapporto reale.

11. — Non vogliamo pertanto lasciare inosservata l'opinione messa in campo da uno scrittore recentissimo, del

quale è bene citare le sue stesse parole: « Poichè, salva la usucapione, ad operare la quale col tempo e colla buona fede il possesso concorre, questo non dà mai luogo a dritti reali, ma soltanto a dritti di obbligazione, ne segue che ai dritti del possessore corrispondano, di regola, obbligazioni in altrui, e viceversa i dritti altrui abbiano per oggetto le obbligazioni del possessore » (1).

Questa opinione non è nuova, ma rimonta al Savigny; il quale, con apparato di argomentazioni e di dottrina, imprese a sostenerla: nè possiamo sottrarci, più che al desiderio, all'obbligo di richiamare la sua teoria, per aver modo di combattere gli errori che, a nostro avviso, in essa si contengono. Dopo essersi proposto di esaminare a qual classe di dritti appartenga il possesso, soggiunge: « In quanto il possesso rende possibile l'usucapione, questa questione non si può concepire. A nessuno, infatti, viene in testa di domandare a quale specie di dritti appartenga la giusta causa, senza di cui la tradizione non può trasferire alcun dominio. Essa non è un dritto, ma ell'è una parte di tutto l'atto per cui la proprietà si acquista. Così pure il possesso in rapporto all'usucapione.

« In conseguenza di ciò, solo il possesso, sul quale si fondano gl'interdetti, rimane come oggetto della nostra questione. A questa questione si può completamente rispondere senz'abbandonarsi alla classificazione di tutto il dritto privato, con che l'andamento della nostra disamina verrebbe ad essere lungamente interrotto. Si può, cioè, dimostrare che il possesso appartiene al *diritto delle obbligazioni,* la qual nozione, nel *gius* romano, può essere presupposta come del tutto fissata. Chi, pertanto, divide il diritto, propriamente parlando, in *diritti reali* e *diritti di obbligazione* bisognerà che, per questo solo, separi il possesso da ogni dritto reale. Chi poi rigetta tale divisione, bisognerà senz'altro che cerchi

(1) TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di dritti,* Roma, 1878, vol. I, pag. 1-2, n. 2°.

una sede apposita per l' intero dritto delle obbligazioni con che, al tempo stesso, resti definito il possesso. Ora che il dritto degl' interdetti possessorii appartenga al *gius delle obbligazioni* consegue da questo che tal massima vale in generale per tutti gl' interdetti. Se non che, si può inoltre, anche più precisamente, dimostrare che eglino si fondano sopra obbligazioni *ex maleficio* » (1).

È bene rilevare, in primo luogo, che siffatta dottrina del Savigny è la natural conseguenza del principio da lui posto a fondamento della protezione del possesso, *il rispetto e la inviolabilità della persona;* onde era logico il dire che nessun rapporto reale potesse originarsi dal possesso. Ma è d' uopo vedere, se tale dottrina che è logica, sia eziandio vera.

Il possesso è un fatto — *rem facti non juris esse:* di tale principio ci siamo studiati porgere, a suo tempo, una breve dimostrazione. Tuttavia non sono mancati sempre scrittori meritamente illustri, i quali hanno sostenuto, non pure che il possesso sia un dritto, ma un dritto reale. Chi ami allargare le sue notizie in proposito, cercando dovizia di scrittori e di dottrine, potrà rivolgersi con profitto alle classiche opere del Savigny (2), del Gans (3), ed in parte anche del Troplong (4). A noi qui basti il dire che tale opinione ha trovato autorevoli sostenitori tra gl' interpreti del Codice francese (5); ma ha trovato eziandio non meno gagliardi e più numerosi oppositori (6) tra gli interpreti stessi. Per quanto debole possa essere il nostro giudizio, non vogliamo scostarci dalle migliori tradizioni, secondo le quali il possesso non è un dritto, ma un fatto destinato a produrre ef-

(1) SAVIGNY, *Possesso,* sez. 1ª, § 6, pag. 63-64.

(2) Op. cit., pag. 61 e seg. specialmente da pag. 71 in poi.

(3) *Sistema del Dritto civile romano,* pag. 202-216.

(4) *Prescriz.* n. 233-235.

(5) DEMANTE, vol. II, n. 378 *bis*; DURANTON, vol. II, n. 245; DEMOLOMBE, vol. IX, pag. 479.

(6) TROPLONG, op. cit., n. 237; TOULLIER, vol. III, pag. 78; AUBRY e RAU, vol. II, pag. 79; LAURENT, vol. VI, n. 82; XXXII, 264.

fetti di dritto. Tale è la opinione del Pothier (1), e tale è pure l' opinione del Savigny, di cui è bene citare le parole: « Nessuno negherà che il possesso di sua propria ed original natura sia un fatto; e certo ugualmente è ch' egli produca taluni effetti legali. Esso è, dunque, ad un' ora fatto e dritto, e tal suo doppio carattere è di grave momento per tutti gli sviluppamenti della teoria » (2).

Da ciò, che non si è potuto scorgere nel possesso un dritto reale sulla cosa, si è concluso facilmente ch' esso dia luogo a semplici rapporti di obbligazione: è qui che, a nostro avviso, si nasconde principalmente l' errore. Imperocchè, se il dritto reale non è nel possessore, lo è bensì nel proprietario; e, quando questi reclama il rilascio della cosa, mediante la *reivindicatio,* fa uso, senza dubbio, del suo dritto assoluto sulla medesima — *jus in re,* il quale lo abilita a perseguitarla dovunque ed in mano di chiunque la trovi: *ubi rem meam invenio et ibi vindico.* Il rapporto giuridico che lega, in tal caso, il proprietario al possessore, non scaturisce direttamente nè da contratto nè da quasi contratto, nel quale vuol sempre ravvisarsi la volontà presunta delle parti interessate; ma è il risultato necessario bensì di quella condizione anormale in cui si trova la cosa, la quale per vincolo di proprietà si collega ad una, e per vincolo di detenzione si collega ad un' altra persona. Dal principio, adunque, che il possesso non crea un dritto reale sulla cosa, non discende logicamente ch' esso produca un legame diretto di obbligazione tra il proprietario e il possessore: dalla premessa alla conseguenza grandissimo è il tratto. È a cagion della cosa che s' incontrano le persone, non a cagion delle persone che si disputa la cosa; onde il loro rapporto è perfettamente reale e punto personale: ciò si porge evidentissimo e ci dispensa da ogni ulteriore dimostrazione.

(1) *Trattato del Possesso,* n. 82.
(2) Op. cit., § 5.

Ben è vero che, in nessuna attinenza giuridica, può farsi astrazione dall' elemento personale; chè il dritto è facoltà eminentemente sociale, la quale non può generarsi dal semplice rapporto dell' uomo col mondo esteriore, se non v' ha la possibile coesistenza di un altro essere intelligente e libero, che sia tenuto a rispettare, in quel semplice rapporto, la espressione di un potere legittimo. Ma, se il vincolo delle persone non può annullarsi in qualunque attinenza giuridica, esso però varia, secondochè non possa ottenersi la cosa o la utilità che dalla medesima deriva senza il fatto della persona; ovvero, intanto, ci troviamo in contatto colla persona in quanto possa recarci molestia nel pieno godimento della cosa che ci appartiene. Nel primo caso, non possiamo aspirare alla cosa se la persona non dia, presti o faccia qualcosa a nostro favore; onde, l' obbietto immediato del dritto essendo un fatto della persona, si ha un *jus ad rem:* nel secondo, però, c' incontriamo colla persona perchè non sia di ostacolo al godimento della casa che già abbiamo ; e formando, in tal caso, la cosa stessa l'obbietto immediato del nostro dritto, si ha, fuori dubbio, un *jus in re.* Ora se, nel possesso, non vi ha rapporto diretto ed immediato tra il proprietario e il possessore, in guisa che l' uno sia obbligato personalmente verso dell' altro e, intanto, sorge una relazione giuridica tra di loro in quanto entrambi, per ragioni del tutto proprie, si contendono il dominio della cosa, non è a dubitarsi un istante che il loro rapporto sia eminentemente reale.

12. — Il possesso è un fatto che produce effetti di dritto: ciò è stato ben posto in rilievo dal Savigny. « Sebbene il possesso », scrive colla sua solita autorità il Pothier, « non sia un dritto nella cosa, e sia in se stesso un semplice fatto, egli dà nondimeno al possessore certi dritti rapporto alla cosa ch' ei possiede. Alcuni di tali dritti sono particolari ai possessori di buona fede; altri sono comuni a tutti i possessori » (1).

(1) POTHIER, op. cit., n. 82.

Il possesso adunque, per dirla in termini più brevi e più generali, è un fatto produttivo di effetti giuridici, i quali si modificano, però, secondo variano gli elementi che possono col medesimo accompagnarsi. Tali elementi modificatori sogliono ordinariamente ritrovarsi nel tempo e nella buona fede. Ma modificare importa cambiare solamente le accidentalità, senza che venga punto alterata la sostanza della cosa. Or se il possesso è la condizione fondamentale e di sostanza perchè certi effetti giuridici si pongano necessariamente in essere, in ogni tempo e in ogni luogo, e gli altri elementi non sono che semplici modalità, le quali, come accidente e sostanza, si collegano al possesso e, a misura che esistono o no, non possono che meramente influire nel risultato finale dei rapporti giuridici; è mestieri ravvisare, nel fatto solo del possesso, la causa essenziale produttiva di cotali effetti di dritto. Il possesso adunque, come sostanza, esiste da sè e basta da solo a produrre effetti giuridici; ma gli altri elementi, non essendo che semplici qualità, han sempre bisogno del primo per trovare la sostanza cui aderire e, congiunti alla quale, modificare gli effetti di dritto che dal primo necessariamente derivano. Da ciò la conseguenza inesorabile che il possesso, in tutte le sue forme molteplici, debbe avere unico principio fondamentale di giustificazione, e dare origine a rapporti giuridici eguali nella sostanza, sebbene, pel mutare degli accidenti, possano mutare di qualità.

Il principio giustificativo che informa e governa le guarentigie di favore accordate dalla legge al possesso, in tutte le sue forme, sta: *nel mantenere il fatto, finchè non sia dimostrato il dritto — nel dare efficacia e valore all' apparenza del dritto, finchè non sia provato ch' essa, lungi dall' esserne la legittima espressione, sia invece la più flagrante negazione del dritto stesso.* Il rapporto giuridico poi, cui, per intima natura, dà sempre luogo il possesso, in ogni sua singola forma di manifestazione, è decisamente reale; imperocchè dinanzi a qualunque persona, sia il pro-

prietario o un terzo qualsiasi, che voglia recare al possessore molestie di fatto o di dritto, egli invocherà sempre di essere rispettato nel godimento della cosa; la quale, mentre detiene con vincolo di fatto, pretende di voler detenere pure per vincolo di dritto.

Il Savigny intanto, per non venire a conseguenze apertamente in contrasto alla sua teoria, che il possesso cioè dia luogo a semplici rapporti personali, si è studiato restringere l'applicazione di tale principio ai soli interdetti; evitando, con sottile intendimento, di parlare degli effetti derivanti dall'usucapione, e ricorrendo ad una presunzione per ispiegarci l'acquisto dei frutti al possessore di buona fede.

« In quanto il possesso », egli dice, « rende possibile l'usucapione, questa quistione non si può concepire. A nessuno, in fatti, viene in testa di dimandare a quale specie di dritti appartenga la giusta causa, senza di cui la tradizione non può trasferire alcun dominio. Essa non è un dritto, ma ell'è una parte di tutto l'atto per cui la proprietà si acquista. Così pure il possesso in rapporto all'usucapione » (1). Se la usucapione non è per sè un dritto, è un mezzo bensì di acquistare i diritti; e poichè i dritti sorgenti dalla medesima sono eminentemente reali, inquantochè, mediante il lungo possesso, si afferma il potere assoluto dell'uomo sugli obbietti esteriori, emerge chiara l'idea che i rapporti giuridici nascenti dalla usucapione sono da reputarsi sempre reali, come reali sono i dritti cui essa dà luogo. La usucapione di fatti, in virtù delle condizioni molteplici che si sviluppano nel tempo, produce l'effetto importantissimo di estinguere nel proprietario quel dritto che fa sorgere nel possessore, dritto assolutamente reale che non trae origine, in nessun modo, da un atto qualunque della volontà del proprietario, ma che rampolla immediatamente dal vincolo di connessione tra la persona e la cosa. *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege de-*

(1) SAVIGNY, op. cit., sez. 1ª, § 6, pag. 63.

finiti (1). Allorquando il proprietario vuol rivendicare la cosa che il possessore ha usucapito, egli non ha più dominio, essendo questo passato nel possessore, il quale può benissimo respingerlo, fondandosi sul dritto di proprietà che egli vanta irrevocabilmente sulla cosa usucapita. Vi sarà dunque luogo a un rapporto puramente reale, come reale per eccellenza, non potendo riferirsi ad alcun vincolo contrattuale, è il dritto che il possessore difende. Questa conseguenza non poteva sfuggire alla mente del Savigny, ed egli si è studiato di evitarla.

Comunque il Savigny abbia evitato di porre in rilievo i rapporti giuridici sorgenti dall'usucapione, non ha negato però che essa sia uno degli effetti del possesso (2); ma quanto all'acquisto dei frutti, malgrado siasi studiato di escluderlo dagli effetti immediati del possesso (3), si trova, dallo stesso linguaggio che adopera per ispiegarlo, tradito in modo, non pure da derivarlo dalla condizione giuridica del possesso, ma, riconoscendo nel possessore di buona fede il dritto esclusivo di proprietà sui frutti separati dalla cosa principale, non può sottrarsi eziandio alla conseguenza inevitabile che da un dritto reale logicamente deriva — un rapporto del pari reale rimpetto a chiunqne voglia contrastarne l'esercizio. « Questo nuovo dritto (quello della percezione dei frutti) è da spiegare così: la base del possesso in buona fede è il possesso giuridico. Se però un tutto è disfatto nelle sue parti, comincia per queste parti un nuovo possesso, giacchè esse come corpi particolari per sè stanti, non furono fino ad ora subbietti di possesso. Quindi bisogna che per queste parti, che vuol dire

(1) Fr. 3, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.

(2) « In tutto il Dritto romano non esistono che due effetti, i quali possono attribuirsi al possesso in se stesso, separato dalla proprietà: Usucapione e Interdetti ». SAVIGNY, op. cit., sez. 1ª, pag. 49-50.

(3) « Solamente dalle regole poste nel precedente capo si può spiegare la così detta *fructuum perceptio* del *bonae fidei possessor*, la quale merita qui una menzione a motivo della sua moltiplice connessione col possesso ». SAVIGNY, op. cit., sez. 2ª, § 22, pag. 214.

pei frutti nel caso nostro, incominci ancora un nuovo possesso di buona fede. Ma secondo le regole del possesso, nel caso ove il tutto venga disfatto, tanto l'apprensione, quanto la *justa usucapionis causa*, si trasporta dal tutto alle parti: sicchè ancora nel nostro caso nasce il nuovo possesso di buona fede sui frutti per la semplice separazione dei medesimi, e non è a ciò necessaria nuova apprensione, *fructuum perceptio* propriamente detta, nè nuova *justa causa* » (1). Qualunque possa essere il principio invocato dal Savigny per giustificare l'acquisto dei frutti, esso non può negare che tale acquisto sia la conseguenza immediata del possesso e che, producendo nel possessore il dritto di proprietà sui frutti percepiti, debba necessariamente e per l'indole eminentemente reale della proprietà, dar sempre luogo a rapporti reali intorno ai medesimi. Concorre, è vero, la buona fede altresì; ma questa intanto diviene operativa di effetti giuridici in quanto va congiunta perfettamente al possesso (2): i giureconsulti romani lo hanno sentenziato nel loro potente linguaggio: *Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est* (3).

13. — I rapporti giuridici sorgenti dal possesso sogliono assumere una doppia forma di manifestazione, secondochè il possessore venga turbato con molestie di fatto, o venga sfidato con azioni di dritto; donde il possessorio e il petitorio (4). Dei rapporti nascenti nel petitorio si è detto

(1) SAVIGNY, op. cit., sez. 2ª, § 22, pag. 216-217.

(2) « Facciamo osservare che se Savigny attesta che l'azione publiciana, e l'acquisto dei frutti sieno effetti del possesso di buona fede; per il motivo che questi effetti risultano da una presunzione, non è men vero che questa presunzione istessa sia un effetto del possesso di buona fede: quindi come mai si può non ammettere che questi effetti abbiano per causa il possesso? » MOLITOR, *Il possesso*, n. 9, pag. 27.

(3) Fr. 25, § 1, *Dig.*, « De usurp. », XXII, 1.

(4) Non facciamo motto delle attinenze che possono intercedere tra il possessore e il suo dante causa (proprietario apparente) perchè esse rientrerebbero tra gli effetti derivanti da convenzione.

abbastanza nei numeri precedenti; chè il proprietario non può altrimenti far valere i suoi dritti contro il possessore che mediante la rivendicazione: e ci è riuscito dimostrare, se mal non ci avvisiamo, che sempre in tal caso si svolgono rapporti meramente reali tra il possessore e il proprietario. Ma può dirsi egualmente del possessorio? È qui che il Savigny ha piantato specialmente le sue batterie: noi non possiamo accettare battaglia in un campo - il dritto romano - dove egli può valersi di tutte le astuzie e gli accorgimenti, che la chiara cognizione delle fonti, unita al vasto ingegno e alla profonda dottrina, possono suggerirgli; epperò cediamo volentieri ad un altro gagliardo romanista, Jhering, il còmpito di espugnarne le posizioni.

Il Savigny, adunque, muove dal principio che, in ogni molestia di fatto recata al possesso, debbe ravvisarsi una ingiustizia diretta ad offendere la persona del possessore; epperò si accorda l'interdetto, non per conservare un dritto reale od apparente sulla cosa, ma per punire l'offesa fatta alla persona. È bene citare le sue parole: « Ciò, in che tutti gl'interdetti possessorii combinano, è questo: essi presuppongono un'azione la quale, per la sua forma stessa, è una ingiustizia. Per le azioni violente, che sono in generale la specie più grave di tali ingiuste azioni, la cosa non ammette dubbio; ma nel dritto romano vengono considerati nel medesimo aspetto anche gli altri casi nei quali gl'interdetti possessorii possono essere posti in uso » (1). Ma gli risponde acconciamente il Jhering: « Se gl'interdetti possessorii riposano sulla idea di una lesione di dritto perpetrata contro la persona, non si sa vedere per qual motivo essi vengano denegati a chi possiede in nome alieno. Che ha da fare la ingiustizia contro la persona colla qualità del rapporto possessorio? L'ordine giuridico viene leso meno, per avventura, se taluno espelle un affittuale invece di un conduttore ereditario? La violenza resta violenza contro

(1) SAVIGNY, op. cit, sez. 1ª, § 2, pag. 50-51.

qualunque essa venga esercitata. Un' azione che, come tale, vale a dire indipendentemente dalla persona lesa, racchiude in sè una ingiustizia, è impossibile che ora abbia questo carattere, e ora non lo abbia a seconda della diversità delle presupposizioni » (1). E, dopo avere esaminato partitamente le principali obbiezioni, che dalla dottrina del Savigny potevano muovergli, conclude: « Riassumendo il sin qui detto in una proposizione, il concetto del Savigny accolla al Pretore la creazione di azioni per delitto, le quali — 1° erano affatto superflue allato di quelle già introdotte dal dritto civile, e le quali poi — 2° erano denegate a coloro, ai quali avrebbero dovuto essere concesse, in base ai principî vigenti per le azioni scaturienti da delitti, all' incontro — 3° erano accordate a coloro a cui avrebbero dovuto essere rifiutate di conformità a questi principî, e rispetto alle quali — 4° ad eccezione di una sola, non si può scoprire la più lieve traccia di un delitto » (2).

Noi non possiamo, senza uscire dai limiti imposti al nostro lavoro, seguire la larga disamina fatta dal Jhering della dottrina del Savigny, con ispeciale applicazione ai singoli interdetti del dritto romano ed ampio richiamo dei testi che servono ad avvalorare i suoi argomenti: non vogliamo, però, chiudere questa ricerca, senza farci pro di qualche altra osservazione dell' illustre alemanno. « L' interdetto *uti possidetis* », egli scrive, « è a' miei occhi la pietra di paragone di ogni teoria possessoria. Chi è costretto a innestarvi artificialmente il requisito della violenza contrariamemte alle fonti che in nessuna parte lo esigono, dimostra, a mio vedere, con ciò, che la sua teoria non corrisponde al diritto romano » (3).

Ciò non è dubbio: l' interdetto *uti possidetis* tendeva

(1) JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso,* traduzione del FORLANI, pag. 8.

(2) JHERING, op. cit., pag. 17.

(3) JHERING, op. cit, pag. 72.

sempre a preservare il possesso da qualunque turbativa o molestia gli si potesse arrecare: era l'apparenza esteriore e la funzione della proprietà, avvisata nel possesso, che si mirava in primo luogo a proteggere: alla persona si pensava poi. *Hoc interdictum tuetur ne amittatur possessio, denique Praetor possidenti vim fieri vetat* (1). Tale concetto diviene inoppugnabile quando si ponga mente che, richiedendosi sempre come indispensabile la condizione giuridica del possesso, perchè fosse luogo all'interdetto *uti possidetis,* l'elemento precipuo tenuto in mira dai giureconsulti romani era il mantenimento del rapporto esteriore colla cosa; il quale, accompagnato dall'*animus rem sibi habendi,* portando pienamente i caratteri della proprietà, meritava per ciò solo di essere rispettato. *Qualiscunque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet* (2).

Ma il dubbio si porge oltremodo gravissimo laddove si consideri l'interdetto *unde vi,* nel quale, fine precipuo, cui sono dirette le misure della legge, appare la riparazione della violenza esercitata contro il possessore. Qui gli argomenti del Savigny si presentano incrollabili, ma nol sono difatti. Ben è vero che, in ogni interdetto possessorio, balza sempre alla vista un duplice elemento, l'elemento reale e l'elemento personale—*Interdicta omnia licet in rem videantur concepta; vi tamen ipsa personalia sunt* (3)—; ma bisogna por mente però in qual modo concorrano e si determinino cotali elementi, ed entro qual misura, ciascuno per la sua parte, contribuiscano a dare il tratto e scolpire il rilievo del rapporto giuridico che si vuol porre in essere. Non ogni atto violento, diretto a distruggere il vincolo materiale esistente tra la persona e la cosa dava luogo, per dritto romano, all'interdetto *unde vi;* ma era d'uopo ve-

(1) Fr. 1, § 4, *Dig.*, « Uti possidetis », XLIII, 17.
(2) Fr. 2, *Dig.*, « Uti possidetis », XLIII, 17.
(3) Fr. 1, § 3, *Dig.*, « De interd. », XLIII, 1.

dere se s' intendeva ad offendere la persona nella cosa, ovvero, occupando la cosa, veniva a ledersi necessariamente la persona. Nel primo caso vi era la nota del reato comune, e si accordava all' offeso *l' actio furti* e *vi bonorum raptorum*, senza punto distinguere la capacità (1), o il dritto che la persona potesse vantare sulla cosa (2). Nel secondo caso però, se pure concorre la violenza ad accompagnare l' atto di spoglio, questo non è diretto unicamente che a sostituire un rapporto patrimoniale ad un altro, ed è sempre la pretesa di un dritto sulla cosa che informa e dirige la condotta dell' usurpatore. In questo caso adunque, la violenza non è adoperata ad infrangere un dritto che si riconosce appartenere al possessore; ma si adopera bensì ad affermare un dritto proprio, vero o presunto, contro il possessore. *Invasor locorum poena teneatur legitima; si tamen vi loca eadem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet* (3). Da ciò la doppia conseguenza: che il fatto dello spoglio, *dejectio,* comunque renda sempre necessaria la restituzione nel possesso, riparazione civile mediante l' interdetto *unde vi,* non mostrandosi in ogni caso coi caratteri del reato, non reclama sempre la inflizione della pena; e che, predominando in esso l' elemento reale sull' elemento personale, i rapporti giuridici, che vengono fuori, ricadono naturalmente sotto il dominio del dritto privato. Onde è che vediamo rispettati scrupolosamente i precetti, che governano la capacità e i dritti delle persone sulle cose. Coloro, di fatti, che sono sotto l' altrui potestà, comunque abbiano, *nomine proprio,* l' *actio injuriarum,* non possono valersi dell' interdetto *unde vi, quia possidere non possunt,* essendo il possesso la condizione necessaria per esercitare

(1) Fr. 9, *Dig.*, « De oblig. et act. », XLIV, 7; fr. 49, § 1, *Dig.*, « De adq. poss. », XLI, 2; fr. 93, *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.

(2) Fr. 14, § 2, *Dig.*, « De furtis », XLVII, 2; fr. 15, § 2, ibid.; fr. 85, ibid.; fr. 2, § 22, *Dig.*, « Vi bon. rapt. », XLVII, 8.

(3) *Leg.* 5, *Cod.* « Unde vi », VIII, 4.

cotale interdetto: *Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat* (1). Del pari, quando lo spoglio si esercita contro il colono, il procuratore od altro detentore *nomine alieno,* spetta semplicemente al proprietario il dritto di valersi dell' interdetto *unde vi: Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur* (2). — *Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere; et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem possidebam dejectus fuerit: mihi competere interdictum nemini dubium est* (3). — *Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum dejiceretur possidebat: nec alius dejici visus est, quam qui possidet* (4).

Poichè l'elemento patrimoniale, negli interdetti possessorii non escluso quello *unde vi,* tiene il disopra sull' elemento personale tanto esagerato dal Savigny; ci sia dato concludere, se non è stata malamente posta la premessa, che anche riguardo ad essi si originano dal possesso soli rapporti reali di dritto e di obbligazione, non essendo la turbativa e lo spoglio che semplici cause occasionali; mentre la ragione fondamentale della protezione sta nel possesso, il quale, senza dubbio, è un vincolo giuridico che si collega alla cosa. Serva però di suggello alla nostra opinione la parola autorevole del Jhering: « Se la protezione del possesso, come io credo di avere sufficientemente dimostrato, desume il suo motivo legislativo, non dal delitto del dejiciente, ma dallo interesse del possessore, dovrebbesi ammettere che entrambi procedano di pari passo, vale a dire protezione e interesse » (5).

(1) Fr. 1, § 9, *Dig.*, « De vi et vi arm. », XLIII, 16.

(2) § 3, eod.

(3) § 22, eod.

(4) § 23, eod.

(5) Op. cit., pag. 79. La opinione del Savigny, la quale considera gl' interdetti *retinendae et recuperandae possessionis* fondati sulla

Il possesso adunque, sia attaccato nel petitorio, sia attaccato nel possessorio, quando, per opera del tempo o della buona fede, non abbia ancora generato un dritto assoluto sulla cosa o sui frutti separati della medesima al possessore, si consideri come fatto, si consideri come dritto, darà sempre luogo a rapporti reali; poichè nè da contratto, nè da quasi contratto, nè da maleficio si originano le attinenze giuridiche sorgenti tra il possessore e colui che, con molestie di fatto o con azioni di dritto, lo turba nel godimento della cosa. Siffatto rapporto, sebbene per l' indole stessa di azione reale della *reivindicatio* apparisse evidente nel petitorio, non era pertanto abbastanza avvertito; ma era poi, e lo è tuttavia, fieramente negato riguardo al possessorio per la opinione contraria del Savigny; il quale, facendo discendere dal maleficio gli interdetti possessorii, ravvisa in essi soli legami diretti di dritto e di obbligazione. Ci siamo studiati quindi di porre in rilievo un rapporto giuridico o poco osservato od osservato da un punto di vista erroneo: e se siamo riusciti a dimostrare che, tanto nel petitorio quanto nel possessorio, è sempre la proprietà che entra in quistione come dritto certo o come dritto presunto, il quale non si rannoda a nessun vincolo contrattuale; ben dovrà convenirsi che da un dritto eminentemente reale - la proprietà - o da un dritto il quale, comunque non ancora trasformato in dominio, si collega sempre immediatamente alla cosa, non possono scaturire che attinenze giuridiche, parimente reali. Ma, l' ultima parola vogliamo lasciarla al Troplong: egli potrà, colla sua autorità, aggiungere valore alle nostre osservazioni. « Se ora ci si domanda », egli dice, « in quale classe metteremo le azioni possessorie, risponderemo, senza dubbio e senza scrupolo, che noi le consideriamo come

violenza, viene combattuta dal MOLITOR, op. cit., n. 9, pag. 27 e 28; dal VANGEROW, *Dottrina delle Pandette*, § 336, nota 1; e dal PUCHTA, *Prelezioni*, § 133. Vedi pure ARNDTS, *Pandette*, tradotto dal SERAFINI, vol. I, § 171, testo e nota 1.

della famiglia delle azioni reali » (1). E, dove si voglia trovare mirabilmente scolpita la natura delle azioni possessorie, bisogna accettare interamente il concetto del Molitor: « Se le azioni personali sono fondate sulle obbligazioni, se quelle in *rem* lo sono sulla proprietà o sopra un dritto di proprietà, gl' interdetti lo sono sul possesso » (2).

14. — Il possesso, quando è congiunto alla proprietà, ne è la manifestazione e l'esercizio; esso, a dirla breve, è il mezzo ordinario per cui la cosa possa mantenersi fisicamente soggetta al potere dell'uomo e farsi servire economicamente ai suoi bisogni. Poichè questo è lo stato normale dei rapporti civili, la legge dal fatto argomenta il dritto, elevando la presunzione che, chiunque possegga, possegga per sè ed a titolo di proprietà, finchè non venga provato il contrario (art. 687 Cod. civ.). E poi, sia proprietario o no colui che possiede, la legge consente sempre certe misure di protezione al possessore; perchè questi intanto esercita la proprietà di fatto, in quanto trascura di esercitarla colui che ne avrebbe veramente il dritto. Ma non ogni vincolo materiale colla cosa può ben denominarsi possesso; nè qualunque persona si trovi con vincolo esterno legata alla medesima ci porge la retta nozione giuridica del possessore.

Il possesso, come istituto a sè, è qualcosa che esiste contro e malgrado la proprietà; se ne è l'espressione, perde la sua propria fisonomia e diviene funzione ed esercizio di quella. Esso non è decisamente un dritto, ma racchiude in sè tutte le condizioni per innalzarsi alla dignità di dritto: se il dritto di proprietà non fosse già costituito nel proprietario, sorgerebbe nel possessore; poichè in lui non fa difetto nessuno di quegli elementi che sono necessarii ad affermare il dominio dell' uomo nel mondo esteriore, la connessione fisica e la connessione morale colla cosa: l' una che consiste nel tenerla materialmente congiunta alla per-

(1) Troplong, op. cit., n. 238.
(2) Op. cit., n. 57, pag. 107.

sona, l' altra nella coscienza di tale congiunzione e nella volontà di mantenerla per sè. Senza il concorso di questi due elementi, la nozione giuridica del possesso non si ha; chè esso è il contrapposto e l'antitesi della proprietà, è la proprietà di fatto; e non può dirsi tale, se manchi taluno degli elementi che sono richiesti per costituire la proprietà di dritto. I giureconsulti romani hanno detto su di ciò la lora parola, ed è parola di alta sapienza giuridica: *Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore* (1). Ma, essendo la proprietà un dritto complesso che si scompone in vari dritti semplici, i quali corrispondono perfettamente ai diversi modi in cui l' uomo può trarre utilità e godimento dagli obbietti esteriori; ne viene per conseguenza che, come molteplici possono essere i rapporti di dritto che legano la persona alla cosa, del pari molteplici sono i rapporti di fatto. Onde il possesso, che è lo stato di fatto corrispondente allo stato di dritto, rappresentato dalla proprietà e dai suoi dritti frazionari, assume razionalmente, oltre quella che esprime il potere fisico assoluto sulla cosa, tante forme di manifestazione, quanti sono gli smembramenti in cui il dritto di proprietà si risolve. Così può aversi un possesso pieno quando il suo contrapposto consiste nell' essenza del dominio, un possesso non pieno quando ad esso si oppone giuridicamente un dritto frazionario del medesimo, come l' usufrutto, l' enfiteusi, l' uso, l' abitazione, la servitù. I giureconsulti romani, serbando il nome tradizionale di *possessio* a quel rapporto di fatto che racchiude in sè l' assoluta e piena disponibilità fisica della cosa, adoperarono quella di *quasi possessio* per esprimere una fisica disponibilità parziale. Essi però non applicarono l' idea della *quasi possessio* a tutti i *jura in re,* ma la restrinsero semplicemente alle servitù ed alla superficie: l' enfiteuta, avendo il possesso giuridico del fondo, non aveva bisogno della *quasi possessio*, epperò poteva come *possessor*

(1) Fr. 3, § 1, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

valersi degli interdetti *retinendae et recuperandae possessionis* — *Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet: aut ex asse aut pro parte. Sed qui vectigalem, id est emphiteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit* (1). I codici moderni pertanto non pure han fatto cessare tali restrizioni del dritto romano, ma adoperano eziandio indistintamente la medesima parola *possesso* per dinotare così lo esercizio di fatto della proprietà, come di tutti gli smembramenti della medesima che possono sottoporsi al potere fisico dell'uomo, senza che venga meno, coll' esercizio, la funzione utile del dritto che intende esercitarsi; come avviene nel pegno e nell' ipoteca, il cui esercizio fa necessariamente estinguere il dritto che ne forma l' obbietto — *possideri autem possunt quae sunt corporalia* (2).

Un' altra distinzione era grandemente in uso nel dritto romano, quella di possesso civile e di possesso naturale. Sul valore di tale distinzione non è pieno l' accordo fra gli interpetri. Si conviene bensì che per possesso civile, *possessio civilis,* debbe intendersi quello che, fondandosi sul giusto titolo e la buona fede, serviva a fare acquistare il dominio mediante l' usucapione; ma non si conviene del pari sul vero significato della *naturalis possessio.* Taluni, tra i quali il Savigny, adoperano tale locuzione così per esprimere il possesso *animo domini*, il quale, poggi su giusto titolo o no, ha sempre dritto ad essere garantito per mezzo degli interdetti, e che perciò si denomina possesso giuridico propriamente detto, *possessio ad interdicta;* come pure per denotare la mera detenzione, la quale consiste nel semplice rapporto materiale colla cosa disgiunto dall' *animus rem sibi habendi,* e che suole nelle fonti trovarsi indicata colle espressioni: *naturalis possessio, naturaliter possidere, cor-*

(1) Fr. 15, § 1, *Dig.*, « Qui satisd. cogantur », II, 8.
(2) Fr. 3, pr. *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

poraliter tenere, tenere, habere, esse in possessione (1). Altri, come il Pothier, si valgono della espressione « possesso naturale » per denotare quello, che manchi affatto di titolo; o che, pur avendo il titolo, sia esso infetto di mala fede; o che derivi da un titolo nullo; o che, derivando anche da un titolo valido, questo non sia abile a trasferire il dominio. Qualunque sia del resto l' uso dei vocaboli, si accordano tutti nel ritenere che non sia vero possesso quello esercitato a nome altrui: « Il vocabolo *possesso*, senza aggiunto, dinota il possesso giuridico, e ad esso appunto si contrappone il possesso naturale » (2). « Non v' ha dubbio alcuno che il fittajuolo, il comodatario, ecc., dei quali la legge dice che *sunt in possessione, tenent sed non possident,* non han dritto a prevalersi degli interdetti possessorii. Si può dunque dire, in generale, che chi ha il possesso propriamente detto ha pure gl' interdetti: chi è solamente in possesso, *in possessione*, non gli ha » (3). « Non bisogna confondere col possesso naturale la detenzione di coloro che tengono una cosa per un altro, ed a nome di un altro; come sono i fittajuoli, gl' inquilini, i depositari, i comodatari; la detenzione di tali cose loro affittate, o date in deposito, o prestate, non è che una pura detenzione, *mera custodia*, e non è neppure un possesso puramente naturale; poichè ritenendo la cosa non a loro nome, ma a nome di colui che loro l' ha affittata, o data in deposito, o prestata, ritenendola come suoi fittajuoli, conduttori o depositari; è colui, che l' ha loro affittata, data in deposito o prestata, il quale la possiede col loro ministero » (4).

15. — I codici moderni non hanno riprodotto cotale distinzione del dritto romano e ciò è bastato al Troplong per

(1) Fr. 3, § 3, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2; fr. 10, § 1; fr. 24; fr. 49, § 1, *Dig.* eod.; fr. 7, pr. *Dig.*, « De damno infecto », XXXIX, 2; fr. 9, *Dig.*, « De rei vindic. », VI, 1.

(2) SAVIGNY, op. cit., § 7, pag. 30.

(3) SAVIGNY, op. cit., § 7, pag. 27.

(4) POTHIER, op. cit. n. 15.

sostenere che la parola *possesso* debbe applicarsi indistintamente ad esprimere qualunque vincolo di fatto possa collegarci fisicamente alla cosa, vi sia o no l'animo di tenerla per sè. « Noi chiameremo possesso il fatto di colui che, avendo nella cosa o sulla cosa un dritto qualunque, lo esercita con atti di godimento. Secondo noi, il locatario è un possessore egualmente che il sequestratario, il comodatario, ecc. » (1). Questa dottrina del Troplong ha trovato in Francia un autorevole e gagliardo oppositore nel Laurent (2): noi ci saremmo guardati benissimo dall' aggiunger parola ai belli argomenti dell' illustre giureconsulto belga, laddove non avesse, anche in Italia, trovato eco la dottrina del Troplong (3). Intanto, se può perdonarsi al Laurent il rimprovero fatto all' eminente trattatista che, per volersi troppo atteggiare a spirito originale, sia spesso caduto in errori di bassa lega; non è dato ad altri prorompere in parole, le quali, anche provocate da un errore palese, son sempre deplorevoli in chi le pronunzia. Ma la opinione del Troplong, non pure mette radice in un falso concetto della nozione

(1) TROPLONG, op. cit, n. 239.

(2) LAURENT, *Principes de Droit civil*, vol. XXXII, n. 263.

(3) TARTUFARI, op cit., n. 56, 90, 103; BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. II, § 1428. Anche il BRUNS in Germania, pare divida l' opinione del Troplong. « Il dritto moderno », egli scrive, « ha una tendenza a proteggere la detenzione: semprechè il detentore in nome altrui, accanto all' altrui interesse, può avere un interesse proprio indipendente, questo richiede anche un' indipendente protezione, poichè dovunque sia un reale interesse giuridico dev' essere possibile un' azione. Quindi son da distinguere i casi nei quali si detiene solo nell' interesse altrui, come avviene pel depositario e per l' amministratore, e quelli nei quali si detiene totalmente o in parte per proprio interesse, come accade del comodatario, del conduttore, e simili. In questo secondo ordine di casi, si vuol concedere una protezione del possesso, nella misura dell' interesse proprio del detentore, sicchè non si esclude il possesso del proprietario, ma vi si pone allato un altro possesso, precisamente come si fa per l' usufruttuario e per gli altri che godono dritti reali ». *Azioni possessorie*, § 21, pag. 236 e seg.

giuridica del possesso, ma conduce altresì a conseguenze dannose inevitabili nella pratica: è bene porre in rilievo l'uno e le altre.

I giureconsulti romani, nella loro impareggiabile esattezza di linguaggio, furono ben lontani dal confondere la nozione del possesso con quella della detenzione; e se pur qualche volta adoperarono la parola *possessio* per dinotare un semplice rapporto materiale colla cosa, per conto e nel nome altrui, posero ogni cura nell' aggiungervi una qualificazione o un epiteto per distinguerla dall' uso ordinario e tecnico della medesima. Ma la parola *possessio,* senz' altro giuridico attributo, denota sempre l' idea di una detenzione a titolo di proprietario, « anche quando tal possesso abbia avuto ingiusto cominciamento » (1). È memorabile la sentenza di Ulpiano: *Aliud est possidere, longe aliud in possessione esse* (2); sentenza la quale può dirsi l' eco di un concetto universalmente ricevuto — *Nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium* (3). — *Per colonos et inquilinos possidemus* (4) — *Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere* (5). *Rei commodatae et possessionem, et proprietatem retinemus* (6).

Questa dottrina è tradizionale tra gl' interpetri del dritto romano: felicissima oltremodo è l'espressione del Mühnlembruch: *Jus possessionis ad neminem potest pertinere, nisi ad eum, qui, cum omnino gaudet jurium habendorum facultate, tum vero domini animo utitur; id est, rem sibi*

(1) Savigny, op. cit.. § 7, pag. 27.

(2) Fr. 10, § 1, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

(3) Celsus fr. 18, pr. eodem.

(4) Pomponius fr. 25, § 1, eodem.

(5) Ulpianus fr. 1, § 22, *Dig.*, « De vi et vi arm. », XLIII, 16; fr. 3, § 8, *Dig*, « Uti possidetis », XLIII, 17; fr. 9, *Dig.*, « De rei vindic. », VI, 1.

(6) Pomponius fr. 8, *Dig.*, « Commod. », XIII, 6.

habere vult, vel jus, cum de juris possessione agitur (1). Nè meno felice è l' espressione adoperata dal Voet: « *Dominus animo proprio per corpus alterius, puta coloni, conductoris, procuratoris, fructuarii, commodatarii possidet* » (2). I moderni interpetri sieguono anch' essi la dottrina tradizionale. « Questo possesso coll' *animus possidendi* è quello che costituisce un dritto, e che noi denominiamo perciò giuridico o possesso degli interdetti dai mezzi di proteggerlo: i Romani, come osservammo, lo denominavano semplicemente possesso. Il possesso, per contrario, che non dava alcun dritto agl' interdetti, che aveva comune col primo la sola attenenza corporale del possessore colla cosa, il semplice possesso materiale di questa, è detto da noi possesso naturale, detenzione » (3). Scolpitamente infine scrive il Pothier, parlando dei detentori di una cosa: « Essi non possono possederla, poichè due persone non possono possedere nel tempo stesso *in solidum* la stessa cosa: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* » (4). La tradizione adunque e Pothier, che è servito principalmente di guida ai compilatori del Codice napoleonico, depongono fieramente contro la dottrina del Troplong; ma egli taglia corto e si affida alle disposizioni del Codice per giustificare la sua opinione: il Laurent ne ha fatto una splendida confutazione in Francia ed è d' avanzo; ma vediamo se, con qualche disposizione innovatrice, il nostro legislatore abbia voluto romperla colla tradizione, poichè è piaciuto a due egregi scrittori in Italia rimettere in campo la dottrina del Troplong.

(1) *Doctrina Pandectarum*, § 237. A § 234 definisce il possesso: « Possessio, ut quidem proprie dicitur, est usus rei cum affectu sibi eam habendi ».

(2) *Ad Pandectas*, XLI, 2, n. 12.

(3) PUCHTA, *Istituzioni*, vol. II, § 124; ARNDTS, *Pandette*, 1, § 135; DOVERI, *Istituzioni di Dritto romano*, vol. I, pag. 423-424; MOLITOR, op. cit., n. 18, pag. 41-42.

(4) Op. cit., n. 15; DOMAT, *Leggi civili*, lib. III, tit. VII, sez. 1ª, § 8.

Ad onore del vero dobbiamo dichiarare però che in Italia, dove il senso giuridico è retto e una naturale temperanza nei giudizi e nelle opinioni costituisce il carattere del genio nazionale, quelli tra' nostri scrittori, che pure ne hanno accettato la teoria, si sono guardati bene dal riprodurre le esagerazioni del Troplong; il quale, per conciliare colla sua dottrina l' articolo 2228 del Codice francese (articolo 685 del Codice italiano), non esita a scrivere: « Il possessore precario, il conduttore, per esempio, possiede la cosa per lui stesso, e può possederla per mezzo di altri quando la subafflitta » (1). Ne sia prova il seguente brano del Tartufari, che è tale da disgradare il più fiero partigiano della dottrina contraria: « Speriamo venia delle numerose citazioni in grazia di questo, che è il punto cardinale della quistione. In vero per esse è fatto chiaro, in giure romano, non essere riconosciuto possesso, se non nella persona, in nome e per interesse di cui un dritto si esercita, con tale uniformità di vedute, con tale assentimento universale di tutti i giureconsulti, da doversi accogliere con diffidenza l' opinione, che, nei Codici moderni e nell' italiano segnatamente, siasi declinato da quella razionale dottrina, che risponde a tutte le esigenze della più rigorosa giustizia e ai bisogni dei commerci e delle civili transazioni. Ma già ci è venuto fatto di notare, come l'articolo 685 del Codice civile sia la più splendida consacrazione delle idee romane. Il possesso giuridico riconosciuto dal Codice si può esercitare per sè o per mezzo di altri, ma appartiene sempre a colui in nome e per interesse di cui si esercita. In tutto il corpo del Codice non è mai riconosciuto come possesso giuridico il possesso in nome altrui, nè effetto di qualsivoglia specie si fa derivare dalla materiale detenzione » (2). Ma quindi soggiunge: « A ragione del sopra spiegato intrecciamento di possessi nella stessa persona, non

(1) Op. cit., n. 239.
(2) Op. cit., n. 102.

si può a meno, anche sotto l'impero del Codice civile, di chiamare coll' appellativo di possessori precari coloro che posseggono in nome altrui. Così, secondo l'articolo 2116, è del conduttore, del depositario, dell' usufruttuario. Tutti costoro esercitano un dritto proprio e per esso detengono la cosa, sicchè possono invocare l' azione possessoria dell' articolo 695 » (1). Ed altrove: « Più maniere di possessi si hanno corrispondenti a diversi dritti, alla proprietà, all' usufrutto, al pegno, alla locazione, al comodato, ecc. » (2). Eguale linguaggio tiene il Borsari: « Il possesso del locatore e quello del conduttore non sono identici, ma si distinguono per gradi; e, lungi poi dall' essere in opposizione e quasi per antitesi costituiti, si corrispondono e concorrono ad un fine, al fine di difendere di fronte ai perturbatori le ragioni del rispettivo possesso » (3).

16. — Dimandiamo, in primo luogo, al Borsari e al Tartufari se essi convengono pienamente che non è da confondersi, per motivi di sostanza, il vincolo materiale di colui, che possiede in nome proprio, con quello di colui che possiede in nome altrui, perchè mai non debbe adoperarsi una espressione tecnica diversa, la quale ritragga esattamente la diversità dei concetti che s' intendono significare; tanto più che tale diversa locuzione trovasi consacrata nel linguaggio autorevole dei giureconsulti romani e nell' uso tradizionale della scuola? La confusione dei vocaboli genera immancabilmente la confusione delle idee: di ciò fra non guari saremo in grado di porgere la prova, limitandoci per ora a dimostrare che la dottrina da noi combattuta, oltrechè disdetta dalla tradizione, non possa giustificarsi razionalmente, nè trovi appoggio nel Codice.

Il possesso, ci duole il ripeterlo, è un fatto che si contrappone al dritto, ma a un dritto reale sulla cosa, sia

(1) Op. cit. n. 103.
(2) Op. cit., n. 90.
(3) Op. cit., § 1428.

pieno o frazionario non monta; perciocchè si ha sempre nella persona l' *animus rem sibi habendi*, per ragion propria e indipendentemente dal fatto e dall' obbligazione personale altrui. Allorquando una cosa si trova in potere del conduttore, del comodatario, del depositario, questi intanto possono detenerla presso di sè, in quanto altri abbia il dritto e si trovi impegnato, per vincolo diretto di obbligazione, a mantenerla presso di loro. La nozione giuridica del possesso implica razionalmente l'esercizio di fatto di quel potere in cui si manifesta un *jus in re*, sostenuto però dalla intenzione di attuarlo; poichè esso rappresenta un rapporto diretto ed immediato colla cosa, il quale non sa concepirsi senza la volontà e il potere fisico di esercitare, col possesso, il dritto di proprietà o di taluno dei suoi smembramenti. Or l' obbietto immediato del dritto del conduttore, del comodatario, ecc. non è la cosa in sè, nè in alcuno dei suoi smembramenti, ma l' obbligo bensì del locatore e del comodante di assicurare, col fatto loro, il godimento della medesima, godimento che non possono ottenerlo se questi non sono in grado di poterlo apprestare. Tale obbiezione non doveva sfuggire alla mente elevata dei nostri giureconsulti, e si sono ingegnati di evitarla col mettere in campo la teoria degl' intrecciamenti del possesso; espediente ritrovato per sottrarsi « all' assurda solidarietà », come la chiama il Borsari, resa più autorevole dal nome del Pothier. Vediamo un poco in che consista siffatto intrecciamento.

L' usufruttuario di una cosa possiede per sè e pel proprietario; il locatario della medesima possiede per sè, per l' usufruttuario e pel proprietario; ciascuno, in una parola, possiede, in modo diverso, per conto proprio; il proprietario riguardo alla nuda proprietà, l' usufruttuario riguardo al dritto di uso e godimento della cosa, il locatario infine relativamente al semplice godimento. A conforto di tale dottrina s' invoca l'articolo 2115 che pone allo stesso livello il conduttore, il depositario, l' usufruttuario e qualunque de-

tentore a titolo precario (1). Ma non si è posto mente che, se il legislatore uguaglia all' usufruttuario il conduttore e, in generale, qualunque detentore precario, ciò non lo è che per quanto riguarda la nuda proprietà, rimpetto alla quale l' usufruttuario possiede per conto del proprietario e non ha maggiori dritti del semplice conduttore; lasciando salve però le differenze fondamentali che corrono tra di loro, per cui l' uno ha incontestabilmente un dritto reale sulla cosa, mentre l' altro non ha che un semplice godimento in quanto altri si è obbligato a farlo godere. Una cosa, non abbastanza avvertita, cade in taglio ricordare, cioè che quando il proprietario, l' usufruttuario, l' enfiteuta, l' usuario, l' avente dritto a una servitù reale sulla cosa; e d' altra parte il conduttore, il depositario, il comodatario, il creditore pignoratizio o anticretico della medesima si trovano nella condizione normale di esercitare i loro atti di padronanza o di godimento, conforme a un dritto legittimamente acquistato, tutti i rapporti e le attinenze giuridiche, che possono sorgere tra di essi, saranno regolati dal titolo costitutivo dei loro dritti. In tutti tali casi non è d' uopo, a rigore, di ricorrere al possesso; e, se pure si invoca, non lo è, secondo la bella espressione del Jhering, che come « una facilitazione della prova a favore del proprietario » (2); ma esso in sostanza non è che l' espressione della proprietà o del dritto reale al quale corrisponde. L' idea del possesso si rivela in tutta la sua pienezza, allorquando esiste un fatto senza il dritto, anzi malgrado e contro il dritto: la protezione in tal caso è dovuta al possesso in sè e non al dritto di cui si mostra l' esercizio. Il conduttore, il depositario, il comodatario, il creditore anticretico o pignoratizio, come mai po-

(1) Ecco le parole dell' art. 2115 del Codice civile: « Non possono prescrivere a proprio favore quelli che possedono in nome altrui e i loro successori a titolo universale. Sono possessori in nome altrui il conduttore, il depositario, l' usufruttuario e generalmente coloro che ritengono precariamente la cosa ».

(2) Op. cit, pag. 37.

tranno essere rispettati nel godimento e nella detenzione di una cosa, se coloro che sono obbligati a farli rispettare non hanno nessun dritto sulla medesima? Obbietto immediato del loro dritto non è la cosa o una parte di essa, ma l'obbligo bensì dei loro danti causa; essi intanto possono godere ed avere presso di sè la cosa, in quanto questi possono adempiere in natura l'obbligazione assunta: se ciò non ha luogo, non resta, unica guarentigia, che l'azione personale dei danni. Ma l'usufruttuario, l'enfiteuta, l'usuario e in generale l'avente dritto a una servitù reale sono veri possessori in quanto essi, sebbene non abbiano effettivamente un dritto sulla cosa, hanno però la pretesa e la coscienza di un dritto reale sulla medesima, dritto il quale esiste da sè e non ha d'uopo del fatto permanente altrui per potersi esercitare. Ogni detenzione adunque è possesso, quando non si detenga la cosa a titolo precario. L'art. 685, lungi dal contraddirvi, rafforza la nostra opinione; poichè ammette recisamente la nozione giuridica del possesso solo in colui che ha « *la detenzione di una cosa o il godimento di un dritto, o per sè stesso o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il dritto in nome altrui* ».

Un ostacolo insormontabile, però, ci si potrebbe additare nell'articolo 695, dove la legge accorda l'azione di reintegrazione a chiunque « *sia stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia* »; ma proviamoci a dimostrare che tale ostacolo possiamo sormontarlo. Saremmo tentati in verità a sostenere che l'azione di reintegrazione non possa esercitarsi dal conduttore, dal comodatario e in generale, da qualunque possessore in nome altrui, se non cel vietasse l'idea di metterci diritti in cammino, senza entrare in digressioni inopportune; e quella ripugnanza, che sentiamo grandissima, di dover contrastare alla dottrina che, con uniformità di vedute, pare oramai generalmente accettata (1). Nè ci farebbero difetto argo-

(1) Borsari, op. cit., vol. II, § 1481; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*

menti in proposito; poichè, oltre l'autorità dei giureconsulti romani e, in gran parte, della dottrina francese (1), potremmo ricavarli dallo studio accurato dell'articolo in esame, posto in relazione cogli altri articoli che, per intima attinenza, vi si riferiscono. E cominciando dalla locuzione *possesso qualunque esso sia*, adoperata in detto articolo e che forma l'argomento più valido della dottrina dominante, potrebbe dirsi ch'essa sia usata dal legislatore per significare che non è mestieri del possesso legittimo per intentarsi la reintegrazione, ma basti invece qualunque altro possesso cui manchi taluna delle condizioni richieste dall'articolo 686; nè che sia mestieri del possesso annale, come per la manutenzione (art. 694), per potersi esercitare la reintegrazione. Ma un possessore è sempre necessario, possessore in nome proprio e non in nome altrui; poichè, adoperandosi la semplice parola *possesso* nell'articolo 695, senza che sia accompagnata da taluna di quelle qualificazioni di cui la legge suol servirsi in altri casi (art. 687, 2115, 2117, ecc.), per dinotare i semplici detentori, bisogna ritenere ch'essa voglia parlarci solamente del vero possessore, che è quello definito dall'articolo 685. E poi, al semplice detentore, oltre dell'azione possessoria che potrebbe esercitarsi da colui pel quale possiede, non mancherebbe un'azione personale *ex maleficio* per essere restituito nel godimento della cosa. Ma ciò non è necessario per la nostra idea, ed è fuori i limiti del nostro tema.

Qualunque sia la interpretazione che voglia darsi dell'articolo 695. esso non ci è contrario; perciocchè, pure accordandosi dalla legge la reintegrazione al mero detentore, non verrebbe egli perciò ad essere qualificato come possessore, essendo dottrina comunemente insegnata che la

di Dritto civile, vol. III, n. 207; SAREDO, *Istituzioni di procedura civile*, vol. I, 91; PISANELLI, SCIALOJA e MANCINI, *Commentario del Codice di procedura civile*, vol. I, parte II, n. 1071, 1073; TARTUFARI, op. cit., n. 103.

(1) CARRÈ, *Procedura civile*, vol. I, pag. 106.

reintegrazione non debba considerarsi vera azione possessoria, mirando piuttosto a reprimere un delitto e a negare la violenza rivolta contro la persona, anzichè a tutelare il possesso (1). E in ultimo, il vero concetto giuridico del possesso dobbiamo ricavarlo sempre dall' articolo 685, che ne porge la definizione; ed in esso troviamo che *l' animus rem sibi habendi* ne forma la condizione essenziale. Se poi il Codice, per indicare il semplice detentore, adopera sovente la parola *possesso*, questa giammai una volta s' incontra isolatamente, usandosi invece la locuzione di *possessore in nome altrui, possessore a titolo precario* (art. 687, 2115, 2117). Ma, se è d' uopo di un ultimo suggello per avvalorare la nostra opinione, quello dell' autorità, possiamo invocarlo benissimo nella dottrina dei più riputati scrittori (2).

17. — Ci è occorso di dire altrove che la confusione dei vocaboli genera la confusione delle idee, ma spesso può esserne anche generata. Il rigore dei principî nella soluzione delle quistioni giuridiche non pure ha un valore logico ed una importanza astratta nell' ordine delle idee, ma si rende necessario altresì in servizio della pratica per evitare conseguenze dannose; le quali, nel giro dei rapporti civili, si risolvono in interessi spostati, in dritti impunemente violati. Abbiamo combattuto la dottrina, che prende nome dal Troplong, in nome delle idee; è mestieri combatterla ancora in nome della pratica in vista degli effetti, oltrechè erronei, a nostro avviso, perniciosi che ne sono la logica e natural conseguenza. Saremo brevi; ma non vogliamo por termine a questa disamina senza talune ultime considerazioni.

(1) SCIALOJA, op. cit., n. 753; SAREDO, op. cit., n. 91; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., n. 173.

(2) DURANTON, vol. XI, n. 190; MARCADÉ, all' articolo 2228; LAURENT, vol. XXXII, n. 263; PACIFICI-MAZZONI, op. cit, n. 173; VITI, *Commento sistematico del Codice di procedura civile,* pag. 409.

« Io sostengo », scrive il Troplong, « che la locazione non essendo altro che un semplice atto di amministrazione, deve sostenersi contro il vero proprietario in tutti i casi in cui il conduttore sia stato di buona fede, e ha visto e ha dovuto vedere, in colui col quale ha contrattato, un proprietario apparente » (1). Questa opinione divisa in Francia dal Marcadé (2), ed accettata in Italia dall' egregio professore Colamarino (3), è disdetta però dal più gran numero degli scrittori (4).

Noi non vogliamo, nè dobbiamo entrare in una ampia disamina per combattere siffatta dottrina, che tende a consacrare nell'avente causa maggiori dritti di quelli che possano ravvisarsi nel dante causa, in aperta contraddizione col noto principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat.* Ciò è stato fatto da altri più a proposito e con maggiore autorità. Nè varrebbe a salvare dagli attacchi, cui giustamente è fatta segno tale dottrina, che, per piegarsi troppo alle esigenze dell' equità, dimentica i severi dettati del dritto, l' idea che « la locazione », come scrive il Colamarino, « essendo un atto di amministrazione, sia un atto necessario, e debb'essere rispettato; altrimenti si costituirebbe in una specie d' interdizione il proprietario apparente, che può essere anche in buona fede. Nelle cose necessarie vuolsi ritenere la legittima rappresentanza del vero proprietario apparente, inceppandosi altrimenti il libero commercio » (5). In che consista tale necessità e dove sia tale rappresentanza, di cui la legge non parla in luogo veruno, non sappiamo comprendere; nè proviamo sorpresa in sentire che qualunque persona, la quale non sia quella del vero avente dritto, venga costituita in una specie d' interdizione

(1) *Contratto di locazione,* vol. I, n. 98.

(2) MARCADÉ, vol. IV, all' art. 1713.

(3) *Del contratto di locazione,* n. 5, pag. 7.

(4) DURANTON, vol. IX, n. 135; MOURLON, vol. III, pag. 320; AUBRY e RAU, *Annotazioni a Zachariae,* II, § 369, nota 7; LAURENT, vol. XXV, n. 56-57; PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni,* n. 42.

(5) Op. e loc. cit.

rimpetto alla cosa; perocchè la logica dei principî reclama che solo al proprietario o a chiunque esercita in altro modo realmente un dritto non venga imposta alcuna restrizione nel libero esplicarsi della sua legittima attività. Tutto ciò che si fa senza dritto si fa contro il dritto, nè può essere rispettato: « *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet* » (1): le eccezioni poi che la legge, per motivi di equità, porta talvolta al rigore dei principî non possono estendersi di caso in caso. Quanto al preteso mandato valga di risposta la bella sentenza del Laurent: « Nous croyons avoir fait justice de ce prétendu mandat, que l'on appelle légal, et que la loi ignore, aussi bien que le prétendu mandant » (2).

Ma, a prescindere dagli argomenti che valgono più o meno acconciamente a combattere siffatta dottrina, quel che ci preme di porre in rilievo si è ch' essa, in gran parte, sia il risultato necessario della confusione fatta nella nozione del possesso tra i veri possessori a titolo di proprietà e i semplici detentori a titolo precario. Applicato indistintamente il nome e la qualità di possessori agli uni e agli altri, non restava che applicarne le regole, e si sono applicate dando al semplice locatore la facoltà di conservare, in considerazione della sua buona fede come ogni altro vero possessore, un dritto che il suo autore non aveva. Ma non si è posto mente che i veri possessori intanto hanno il dritto di essere rispettati nel possesso, in quanto, mediante l'*animus rem sibi habendi*, possono per ragion propria vantare sulla cosa, rimpetto a chiunque, la pretesa di un dritto indipendentemente dal fatto dei loro danti causa; mentre quello dei meri detentori, non essendo che un semplice dritto di credito verso coloro pei quali posseggono, ne viene di logica necessità che il loro destino e la loro sorte non possa essere separata da quella di questi ultimi. È nella natura stessa dei detentori a titolo

(1) Fr. 151, *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.
(2) Op. cit, vol. XXV, n. 57

precario ch' essi, non avendo altro sulla cosa che un semplice dritto di godimento in quanto valga loro ad assicurarlo la persona che si è direttamente obbligata, non possano, quando tale godimento venga loro a mancare per difetto di dritto ne' propri autori, esercitare altro che un' azione personale di danni e interessi, non potendo vantare nessun dritto reale che, come inerente alla cosa, debb'essere rispettato da tutti. Se occorre un buon suggello alle nostre idee, lo troviamo validissimo nell' autorità del Pothier: « Un compratore », egli scrive, « colla tradizione della cosa venduta ne acquista il possesso, e tutte le ragioni e dritti del venditore; laonde contro di lui, perchè vero possessore della cosa acquistata, debbon rivolgersi tanto le azioni di rivendicazione del terzo, che pretende esserne proprietario, quanto le altre azioni di tutti coloro che pretendono avervi un qualche dritto; e però contro lui tali azioni debbonsi precisamente intentare. Tocca a lui portarvi eccezione e difendersi..... Al contrario un conduttore, per la tradizione fattagli della cosa locata, non ne acquista propriamente il possesso, ma solamente la semplice facoltà di goderne ed usare; il locatore da cui la tiene a fitto è colui che la possiede: *per colonos et inquilinos possidemus*. Il conduttore è un semplice detentore della cosa in luogo di quegli da cui la tiene a fitto, anzichè esserne il vero possessore. Per la qual cosa le azioni dei terzi, i quali pretendono il dritto di proprietà o cotal altra ragione sul fondo locato, non procedono contro il conduttore, ma contro il locatore da cui ei lo tiene a fitto, e che ne è il vero possessore; e, qualora il conduttore venga tratto in giudizio in sequela di tali azioni, egli non è obbligato a difendersi da sè stesso nè per altrui mezzo; anzi non ha qualità per farlo: il suo dovere restringesi solo ad indicare all'attore la persona da cui tiene il fondo a fitto; e, dietro siffatta indicazione, egli dev' essere assoluto dalla dimanda, e l'attore vien rimesso a provvedersi contro la predetta persona » (1).

(1) *Trattato del Contratto di locazione*, n. 91.

Il conduttore adunque non avendo, nè potendo vantare l'esercizio di un dritto reale sulla cosa locata, non ha qualità per difendersi contro i terzi così nel petitorio come nel possessorio (1); ed essendo egli un semplice detentore, il quale *alienae possessioni praestat ministerium,* non può opporsi di terzo contro la sentenza che condanna il locatore alla restituzione della cosa al proprietario, non avendo nessuna qualità per farlo. L'azione personale di garantia, che aveva contro il locatore, si risolverà in azione personale di danni e interessi: nessun' altra pretesa potrà vantare rimpetto alla cosa.

18. — Anche al Tartufari non è mancata l'occasione di applicare la dottrina da lui adottata. « Essendo dunque », egli dice », che la buona fede sia il presupposto di fatto, in tutti i casi in cui al possessore si concede di far suoi i frutti, ne sgorga naturale e legittima la conseguenza, che il fondamento giuridico dell'acquisizione sia la buona fede. I Romani l'affermarono colla più grande energia. *Porro bonae fidei possessor*, disse Giuliano, *in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est.* Il quale insegnamento governa tutti i possessori di buona fede, eziandio che non possedessero a titolo di proprietà, ma quali usufruttuari, usuari, affittuari, creditori con patto di anticresi, ecc., e il *loco domini pene est*, deve intendersi in senso generale, in luogo cioè del proprietario di un dritto qualunque » (2). Dove poggi l'egregio scrittore siffatta dottrina, ch'egli espone con tanta sicurezza di giudizio, noi non sappiamo, nè egli si cura di farcelo sapere. Le idee sopra enunciate sulla natura giuridica del possesso deporrebbero abbastanza per non farci vedere un possessore di buona fede là dove man-

(1) Spetta però al conduttore, secondo la dottrina comunemente insegnata, la facoltà di valersi dell'azione di reintegrazione contro lo spoglio patito; ma questa, come abbiamo sopra notato, non si reputa vera azione possessoria.

(2) Op. cit., n. 259.

cano i caratteri del semplice possessore: abbiamo un bel fare ad aggiungervi la qualità se non abbiamo assicurato prima la sostanza. Ma noi nulla vogliamo dire di cui non possiamo fornire prontissime le ragioni.

I giureconsulti romani non pensarono mai a trovare le condizioni giuridiche del possesso nel semplice detentore a titolo precario; molto meno potevano scorgere in esso i caratteri del possesso di buona fede. Il possesso fu sempre considerato come lo stato di fatto corrispondente allo stato di dritto, rappresentato dalla proprietà nella sua pienezza o nei suoi smembramenti: i modi di acquistare il possesso erano adunque quegli stessi richiesti per acquistare il dominio o un diritto reale sulle cose: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi ejus, quod nostrum non sit: velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo* (1). La nozione giuridica del possessore di buona fede giammai sa concepirsi da quei sommi maestri di sapienza legislativa divisa da quella di un acquirente a titolo di proprietà (2). Nè crediamo trovarci lungi dal vero affermando che il Codice italiano non presti miglior conforto alla opinione del Tartufari. L'articolo 685 di fatti, nel darci la nozione del possesso, richiede, come condizione essenziale, che si detenga la cosa o si abbia il godimento del dritto per sè: i semplici detentori adunque non possono entrarvi, poichè essi solamente *alienae possessioni praestant ministerium*. L'articolo 701, nel definire il possessore di buona fede, addimanda in esso un titolo abile a trasferire il dominio: il dominio, lo sanno tutti, non può trasferirsi mediante locazione, anticresi, comodato, ecc. L'articolo 709, dichiarando espressamente che, allora solo il possessore ha diritto ad ottenere il rimborso,

(1) Fr. 3, § 21, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

(2) Fr. 25, § 1, *Dig*, « De usur. », XXII, 1; fr. 48, pr., *Dig.*, « De adqu. rerum dom. », XLI, 1; fr. 109, *Dig.*, « De verb. signif. », L, 16; *Instit. pr.* « De usucap. », II, 6.

della cosa mobile sottratta o smarrita, quando cioè l'ha comprata in una fiera o in un mercato, ben ci fa sapere che, anche riguardo ai mobili dell'articolo 707, debbe richiedersi un possesso a titolo di proprietà. E finalmente l'articolo 2117 inesorabilmente dispone: « *Possono prescrivere quelli ai quali i conduttori, depositari od altri possessori a titolo precario hanno ceduta la cosa a titolo di proprietà* ». Avevamo ragione adunque di dubitare della dottrina professata dal chiarissimo scrittore.

Ma come regolarci allora se taluno, detenendo a titolo di locazione, di anticresi, di comodato ecc., una cosa, la quale vien poscia rivendicata dal vero proprietario, abbia in buona fede percepiti i frutti della medesima? Tenendo l'occhio ai principî, la soluzione si porge facilissima. Tutti costoro non posseggono per sè, ma posseggono per altri: *possidet cujus nomine possidetur*. Onde il possessore bisogna trovarlo nella persona che, senza averne il dritto, ha dato in locazione, in anticresi, a comodato la cosa altrui: è dessa che possiede; gli altri *ejus possessioni praestant ministerium*. Bisogna dunque vedere se questa sia di buona o di cattiva fede, perchè si decida se abbia o no il dritto di far suoi i frutti percepiti. Colla dottrina opposta, oltrechè si negano i principî, non possono evitarsi conseguenze disdette dalla logica e dalla volontà del legislatore. Imperocchè, come potrebbesi affermare seriamente che il creditore anticretico e il conduttore di buona fede, pur ammettendo che siano possessori, si giovino del beneficio accordato dall'articolo 703 ai possessori di buona fede, quello di guadagnare i frutti percepiti, se l'uno ha imputato i frutti raccolti a sconto del suo credito e l'altro gli ha acquistati in cambio del prezzo di locazione? È nella persona, che ha dato in anticresi o che ha locato la cosa altrui, che bisogna cercare la buona fede, per giudicare se abbia dritto o no ai frutti percepiti nel prezzo di locazione o nella parte di debito scontato. Che importa se il conduttore o il creditore anticretico siano di buona fede? essi non guadagnano nè perdono nulla, nè si

arricchiscono col danno altrui; poichè hanno percepito nei frutti quello che per dritto di credito loro spettava. Una persona sola ha potuto arricchirsi col danno altrui, quella del possessore; è in quest'ultimo che bisogna cercare se sia o no tenuto a restituire i frutti. Noi non vogliamo nemmeno concepire che l'egregio scrittore, cercando la buona fede nel locatario, nel creditore anticretico ecc., voglia dimenticare di cercarla in colui che ha locato o dato in anticresi e che è il vero possessore, consacrando impunemente uno spoglio ed un' usurpazione. Il nome e la dottrina dell' autore ci sono bastevole guarentigia del contrario; e però, escludendone il sospetto, ci rimaniamo dal combattere un concetto che non crediamo possibile in lui.

CAPITOLO III.

POSSESSO DI BUONA FEDE.

I.

19. — Chiunque imprende a studiare attentamente la materia del possesso, nel trovarsi di fronte ad una molteplicità indefinita di sistemi e di dottrine escogitate dai filosofi e dai giuristi per ispiegare, in maniera affatto diversa, la genesi e il fondamento di questa istituzione, non potrà certamente illudersi sulla importanza e la difficoltà della medesima. Il compianto Scialoja ravvisò nel possesso uno stato anormale ed una deviazione dalla proprietà, che il progresso dei tempi, ricongiungendo l' uno all'altra, avrebbe fatto scomparire dal mondo come ultimo avanzo di una civiltà non bene sviluppata (1). Noi, nel sottoscriverci alla sentenza dell' illustre economista in quanto considera il possesso

(1) Op. cit., n. 637.

come una deviazione ed uno stato patologico della proprietà, non osiamo però deplorarlo come un male, nè ci sentiamo la forza di leggere nel futuro quale sarà l'ultima espressione e la forma finale del dritto di proprietà. Niente di più pericoloso e di più difficile che guardare le istituzioni in una cerchia limitata di tempi e di condizioni e trarre la ispirazione dell'avvenire dalle semplici tradizioni del passato. Ogni tempo ha le sue leggi e i suoi bisogni, i quali sono, è vero, il risultato di cause e di necessità antecedenti; ma le cause vecchie chiudono in sè il germe di effetti e di condizioni novelle, le quali, nello evolversi continuo, portando bisogni non prima sentiti, reclamano provvedimenti proporzionati e rispondenti alle nuove esigenze della vita. Quest'intimo e perenne lavorio di evoluzione si compie occultamente in virtù d'insite e latenti energie; e solo quando l'opera di evoluzione è compiuta ed un grande bisogno, prima indistinto e confuso, già si è formato distinto ed imperioso nella coscienza generale, s'impone esso allo studio del filosofo ed alla politica del legislatore.

20. — Il possesso andò prima confuso colla proprietà; o, se vuolsi meglio prestar fede agli ultimi postulati della scienza, il possesso individuale andò congiunto alla proprietà collettiva; e poscia, per una serie infinita di trasformazioni, a misura che la cultura intensiva prese il luogo della estensiva, l'elemento individuale prevalse sull'elemento sociale e l'individuo assommò in sè possesso e proprietà. Quest'ultimo, che è lo stato della proprietà quale ci venne trasmesso dalla sapienza pratica dei Romani, taluni ritengono che debba considerarsi come lo stato normale, originario e permanente della proprietà, facendosi forti del noto adagio: *proprietas a possessione separari non potest* (1). Altri però, senza punto sconoscere la legittimità della costituzione odierna della proprietà corrispondente alla romana, ravvisano in essa piuttosto un momento sto-

(1) *Leg.* 8, *Cod.* « De adqu. et retin. poss. », VII, 32.

rico anzichè una forma stabile e perpetua della proprietà, la quale è destinata invece a compiere nuove ed ulteriori evoluzioni; fondandosi non pure sul fatto costante che i popoli giovani di ogni tempo si trovano sempre sotto il regime della proprietà collettiva, ma traendo ancora appoggio per la loro opinione dalla testimonianza di Gajo che, nelle provincie dell' Impero romano, cioè, il suolo era occupato dai privati a titolo di usufrutto. *In solo provinciali dominium populi romani est vel Caesaris: nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur* (1).

Noi, senza voler presumere di assiderci giudici tra gli uni e gli altri, notiamo solo che il dritto di proprietà intanto è legittimo, in quanto può provvedere alla sussistenza di tutti senza violare il dritto di nessuno. Qualunque istituzione col tempo perde gli eccitamenti e la coscienza del proprio ufficio ed è destinata necessariamente a perire se non trova fuori di sè le condizioni e gli elementi che, correggendone le deviazioni, servano a restituirle la forza e la coscienza di svolgersi e permanere. Quando i vecchi proprietari dimentichi della loro missione e dei loro doveri nel mondo sociale, resi più urgenti e più solenni dall' aumento di una popolazione avida di pane e di vita, condannano alla sterilità ed alla inerzia quelle forze potenti e misteriose, che la natura ha depositato nel suolo per essere fecondate e svolte con nuovi metodi e più opportuni processi a benefizio della umanità, finisce la proprietà e comincia il possesso. Il possesso è un male, in quanto depone che la proprietà non funziona secondo i suoi fini e la sua natural destinazione; ma è un bene altresì, poichè rappresenta il sostituirsi di un' attività che sorge ad un' altra che tramonta; è una prova meravigliosa della *vis medicatrix naturae*, che ci soccorre con novello rimedio là dove pare che debba rimpiangersi un male irreparabile. Forse il possesso si ricongiungerà alla proprietà quando, per via della prescri-

(1) GAJUS, lib. II, § 7.

zione, il fatto si sarà trasformato in dritto o i vecchi proprietari, sentendosi impari ai nuovi bisogni e alle nuove esigenze sociali, cederanno per mezzo delle ordinarie contrattazioni ai proprietari novelli, col dominio della terra, il dovere di farla meglio servire alle sorgenti necessità della vita, laddove non sentano in sè la forza e la volontà di rendersi, col lavoro e coll'industria, ministri della Provvidenza. Il possesso cesserà se le classi più laboriose e più gagliarde, acquistando il dominio della terra, sapranno conservare intera l'energia ed elevato il sentimento della loro posizione. Sarà un giorno felice quello in cui il lavoro diverrà dovere e ricchezza, e l'operajo potrà guardare il proprietario non come nemico che, usurpando per sè i beni di tutti, gli nega ferocemente il pane della giornata; ma come un alleato e un amico che meglio ha la volontà e il potere di svolgerli e adoperarli, invocando sempre l'ajuto e la cooperazione di lui e dividendo con lui i prodotti che la terra largisce. Ma, se è destino inesorabile che un moto perpetuo di evoluzione incalzi ed affatichi tutte le umane istituzioni, il possesso allora farà di nuovo la sua comparsa nel mondo come correttivo della proprietà che muore e preparazione della proprietà che nasce, quando le classi giovani invecchiate anche esse dovranno cedere il campo a classi più giovani, più operose e più intelligenti. Forse - chi sa? - nuovi rivolgimenti e nuove trasformazioni sociali, producendo un assetto più conveniente nella proprietà, potranno impedire in un avvenire ancora lontano, il ritorno al possesso; ma ciò non toglie che, sott'altra forma, vi sia sempre bisogno di una provvida istituzione pronta a correggere i difetti e ad emendare i traviamenti che dal cattivo funzionare della proprietà, comunque organata, necessariamente derivano.

21. — Il possesso adunque, mettendo radice in un alto e sentito bisogno sociale, è una istituzione che s'impone ai legislatori per essere protetta, ai filosofi per essere giustificata. I primi, interpretando a tempo la coscienza nazionale,

sono venuti circondando man mano il possesso di nuove e più compiute guarentigie di favore; i secondi, volendo trovarne la genesi e la ragione, sono andati a cercarla dove non era. Donde l' eterna quistione sulla protezione del possesso. Ed or si è chiesto asilo nella persona (1), che è fonte di ogni dritto, per affermare che nulla deve farsi nel mondo che neghi ed offenda la inviolabilità della medesima; or si è fatto ricorso alla proprietà per dichiarare ch' esso ne è l' immagine (2), la presunzione (3), il completamento (4). Ma il possesso, quantunque muova dalla persona come soggetto e si diriga alla proprietà come oggetto, non è nè l' una, nè l' altra. E si è voluto costruire il possesso come un istituto a sè, che trae dalla sua propria natura le ragioni e i caratteri delle sue guarentigie. Felice ispirazione, ma che, attuata, mentre presume di aver dato al possesso, per virtù propria, i caratteri e la dignità di dritto, lo lascia ancora, togliendogli l' influenza e il riflesso di dritti più sicuri e più rispettati, nella deplorata condizione di puro fatto. Sia che la volontà individuale contrasti alla volontà generale (5); sia che si voglia conservare uno stato provvisorio di cose come quello che serve alla generale destinazione del patrimonio, al soddisfacimento degli umani bisogni (6), la nota del fatto non può cancellarsi dalla fisonomia del possesso. Ma il possesso debb' esser necessariamente un dritto; chè l' azione senza il dritto non è possibile a concepirsi. Proviamoci a cercare dove stia questo dritto.

(1) SAVIGNY, op. cit, sez. 1ª, § 2, pag. 50, 51, 52; PUCHTA, *Corso delle Istituzioni,* vol. II, § 222; THIBAUT, *Sistema del Dritto delle Pandette,* § 203, 204; RÖDER, *Principii del Dritto naturale,* sez 2ª, pagina 250.

(2) MÜNLEMBRUCH, op. cit., § 233, 236.

(3) ZACHARIAE, *Corso di Dritto civile francese,* § 281; TRENDELENBURG, *Dritto naturale sulle basi dell' Etica,* § 95, pag. 199, 200; LAURENT, op. cit., vol. XXXII, n. 264.

(4) JHERING, op. cit., pag. 36 e seg.

(5) GANS, op cit., pag. 202, 216; MOLITOR, op. cit., n. 9, pag. 28.

(6) STHAL, *Filosofia del Dritto,* vol. II, sez. 1ª, pag 364 e seg.

Allorquando incontriamo la prima volta una *res nullius,* basta il semplice possesso per farci acquistare la proprietà; poichè è in noi l'*animus* e il *corpus,* la connessione morale e la connessione fisica, condizioni le quali, trovandosi solamente in noi, ci costituiscono rimpetto alla cosa in uno stato di padronanza che altri non può assolutamente vantare. *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait* (1). Ma, se il dritto di proprietà trovasi costituito nella cosa, il possesso, che per avventura possiamo ottenere della medesima, lungi dal formare un dritto, è un atto che si oppone ed offende direttamente il dritto. Il possesso in tal caso è semplicemente un fatto, poichè il dritto intero ed assoluto sulla cosa è nel proprietario: se è tutto nel proprietario, non può trovarsi in parte nel possessore: la logica vi ripugna. E, se pur si concede una guarentigia, non lo è che alla persona; la quale, anche operando illegittimamente, comunque abbia l'obbligo di ristorare i danni che può aver cagionati, merita nondimeno di essere rispettata appunto perchè inviolabile come persona.

Ma il dritto non è un' astrazione od un semplice concetto della mente; esso invece è una potenza ed una forza operante, che trae le sue condizioni di esistenza da certi fatti, da certi rapporti che l'uomo subbietto di ogni dritto crea, svolgendo in maniere multiformi la sua attività nel mondo esteriore (2). Quei fatti e quelle condizioni, che sono necessari al sorgere del dritto, è mestieri si mantengano sempre perchè il dritto si conservi e viva. L'idea di un dritto eterno ed immortale si è provata una utopia, alla quale pochi oggi voglion prestar fede: tutto nasce e perisce nel mondo come

(1) Fr. 1, § 1, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

(2) Si badi che noi facciamo astrazione dai dritti che sorgono nell'uomo col fatto solo della sua esistenza: dritti che si denominano innati, originarî, primitivi, e che formano la condizione indispensabile al sorgere dei dritti acquisiti; i quali, anche riputandosi una derivazione ed una esplicazione dei primi, si rivelano sempre nel contatto dell'uomo cogli obbietti esteriori.

sorgono o mancano le condizioni dell' esistenza: se l' uomo, che ne è il subbietto, ubbidisce a questo fatto inesorabile della natura, non può ad esso sottrarsi il dritto che è una facoltà ed una forza inerente alla persona.

Dalla congiunzione fisica e morale degli obbietti esterni alla persona si origina la proprietà. Essa è un' istituzione economicamente necessaria, poichè fa il bene di tutti mediante l'attività e l' interesse di ciascuno; giuridicamente giusta, poichè consacra in ciascuno il dritto ai prodotti del sacrifizio, del lavoro e del risparmio, che gli altri non hanno fatto. È un dritto che mette radice nel fatto, il quale si determina nella volontà e nell'attività che ne sono gli elementi costitutivi. Questi elementi, come sono necessari alla nascita del dritto, lo sono del pari alla sua conservazione; s' essi vengono meno, il dritto non è più. Ciò ha luogo comunemente nelle trasmissioni ordinarie della proprietà, per cui il proprietario ritira dalla cosa la volontà di tenerla per sè, e colla volontà il potere di tenerla fisicamente soggetta al suo dominio. Il dritto si estingue in lui, poichè cessano le condizioni che lo serbavano in vita, e passa in altri dove quelle condizioni già sono costituite. Questo, che nelle contrattazioni si compie all' istante, nel possesso si matura col tempo. Il possesso sulle prime è un fatto che, lungi dall' esprimere, offende il dritto; ma se non è un dritto in atto lo è in potenza, è un dritto in divenire; poichè stanno in esso tutte le condizioni che sono necessarie alla esistenza del dritto. Se quelle condizioni si mantengono vive ed operose nel proprietario, la sua volontà e la sua attività rimpetto alla cosa non possono coesistere con quelle del possessore: il dritto è tutto in lui e non può essere in altri; e o impedisca l'usurpazione, o appena compiuta la faccia cessare, il suo dritto è interamente salvo: vi era stato un fatto, non era sorto un dritto. Ma, se il proprietario non corre a tempo, se lascia colla sua inerzia e col suo abbandono che in altri si accenda la volontà e l' attività del dritto, la sua proprietà non si estingue, ma non si conserva intera;

perciocchè come in lui cominciano a scemare quelle condizioni che mantengono in essere il dritto di proprietà - la volontà e il lavoro - così avviene logicamente che alla diminuzione nelle condizioni del dritto corrisponda inevitabilmente la diminuzione nel dritto istesso. Onde il fatto del possesso comincia a divenire dritto del possesso, dritto che non è da confondersi nè con quello della persona, nè con quello della proprietà: la persona ha voluto ed operato nella cosa, ma la proprietà non è ancora sorta; perchè il dritto di proprietà, comunque scemato nelle sue guarentigie, non è ancora spento. Il dritto del possesso, adunque, è più di quello inerente alla semplice persona; perchè la persona, volendo ed operando sulla cosa, si estrinseca collegandosi al mondo esteriore: è meno della proprietà, perchè quelle condizioni non possono esplicarsi compiutamente, trovando ostacolo in un dritto costituito.

22. — Ma è egli vero questo dritto del possesso? e in che esso consiste?

Se si accordano delle azioni per proteggerlo ed affermarlo, se sono in esso incontestabilmente le condizioni necessarie al sorgere di un dritto sulle cose, non è dubbio che il dritto debba logicamente esistere. Ma è dell'indole di questo dritto ch'esso non abbia un carattere ed una fisonomia spiccata: da ciò la causa di tutte le controversie sulla esistenza e la natura del medesimo. Il possesso che, economicamente, lo abbiamo visto, è un fatto necessario, giuridicamente debb'essere un dritto perchè meriti di essere rispettato e protetto; ma la sua figura non è contornata, i suoi tratti non sono decisi, i rapporti giuridici che ne rampollano non sono sempre gli stessi, nè si rivelano sempre all'istesso modo, ma variano indefinitamente. Economicamente esso rappresenta il correttivo della proprietà che muore ed il principio della proprietà che nasce: giuridicamente, poi, rappresenta un dritto che, confondendosi prima colla persona, va, mediante gradazioni molteplici, a confondersi ed immedesimarsi nella proprietà. Di esso può dirsi addirittura

che *mobilitate viget, viresque acquirit eundo;* poichè, mentre principia dal mostrarsi puro fatto colla sola guarentigia del rispetto dovuto alla persona, viene mano mano a trasformarsi in dritto sino ad identificarsi col dritto assoluto di proprietà. Questo dritto del possesso consiste nei legami sempre crescenti e progressivi, che uniscono la persona del possessore alla cosa posseduta; legami che, come sorgono nel possessore, mancano nel proprietario e corrispondono razionalmente all' esplicarsi nel primo di quelle condizioni che, cessando gradatamente nel secondo, sono sostituite mano mano da quello. È qui che bisogna concentrare tutte le forze dell' intelligenza per mettere in luce un principio complicato nei suoi rapporti, dubbio nelle sue tinte.

Chiunque possiede ha il dritto di difendere dalle aggressioni la cosa che ne forma l' obbietto e, se ne è spogliato violentemente od occultamente, debb' essere reintegrato nel possesso comunque esso sia stato brevissimo; se taluno possiede da un anno e con quelle condizioni che tutti sappiamo non pure ha dritto alla difesa ed alla reintegrazione nel possesso, ma alla conservazione altresì del medesimo, e se è di buona fede acquista, colla semplice separazione, i frutti raccolti; se poi è di mala fede acquisterà con trent' anni il dominio della cosa, e se di buona fede dopo dieci anni ne sarà il proprietario. Tutti sentiamo che il legislatore, nel circondare di siffatte guarentigie il possesso, adempie ad un alto voto di giustizia; ma pochi sanno rendersi ragione di tale trattamento che, cominciando per essere la consacrazione della inviolabilità personale, finisce coll' essere, nell' acquisto del dominio, la consacrazione della inviolabilità reale. Nè sfugge ad alcuno che il criterio tenuto dalla legge, accordando l' una invece dell' altra misura di protezione, sia l' inerzia fisica e morale del proprietario in contrapposto all' attività fisica e morale del possessore; le quali, secondo concorrano in modo ed in misura diversa, rendono necessaria or l' una or l' altra forma di protezione. Ma da questo principio, che nessuno può mettere in forse, non si son tratte

le giuste e naturali conseguenze. Imperocchè, se è vero che nel possessore vi sono indubitatamente le condizioni necessarie perchè il dritto di proprietà si costituisca, ed esse intanto non possono esplicarsi liberamente in quanto trovano ostacolo nel dritto di proprietà già costituito; è vero altresì che come meno attive ed operose esse divengono nel proprietario. e più vive ed intense si rivelano nel possessore, il dritto di proprietà, che è grandemente complesso, comincia a perdere parte del suo essere, il quale va mano mano a ricostruirsi nel possessore. Il dritto del possesso adunque si compone di quella parte del dritto di proprietà che, in modo del tutto corrispondente alle scemate condizioni del dritto stesso, comincia a venir meno nel proprietario. Il possesso invero nel suo primo apparire è un semplice fatto e non ha nessuna guarentigia per essere protetto; poichè il proprietario conserva ancora intero il dominio della cosa sua, e può valersi, per mantenerlo presso di sè, tanto delle azioni petitorie quanto delle possessorie. Ma, mano mano che un'altra coscienza ed un' altra attività si sostituisce alla sua, egli comincia a perdere gradatamente la facoltà di valersi delle azioni possessorie, le quali può esercitare invece, anche contro di lui, il solo possessore. Come può spiegarsi tutto ciò se non affermando che, col cessare di parte delle condizioni necessarie a conservarlo, cominci anche a cessare parte del dritto di proprietà? E notisi, cosa evidente, che quanto è il dritto che manca nel proprietario, tanto è quello che si accresce nel possessore: se la proprietà non è più integra bisogna convenire che una parte de' suoi dritti sia passata nel possesso.

Una lotta perenne si combatte nel mondo: è legge inesorabile di natura. Tutti gli esseri, se vogliono vivere e conservarsi, hanno bisogno di uscire vittoriosi nella battaglia della vita; se no, soverchiati e disfatti da altri esseri, sono condannati inevitabilmente a perire. Questa lotta perpetua è negli atomi della materia, nelle grandi forze fisiche che, con perenne vicenda, si contrastano il dominio dei fenomeni

naturali, nelle cellule delle piante, nella energia degli animali. L'uomo, in un momento di orgoglio, potè presumere di sottrarsi all'imperio di questa legge e si disse re della natura; ma il suo trono puerile tante volte fu abbattuto per forza di elementi rivali o di altri uomini superiori, quante volte la pretesa orgogliosa non ebbe il sostegno di una forza del pari gagliarda; e si vide tante volte senza trono e senza reame, vittima di elementi e di uomini più forti. Alla lotta degli elementi nel mondo fisico fa riscontro la lotta del dritto nel mondo sociale; lotta di libertà, di attività, d'intelligenza. Bisogna star sempre pronti in ordine di battaglia se si vuol vivere e conservarsi nel mondo; battaglia ordinata, in cui la società suol venire in ajuto del debole che vuole e non può sostenere le sorti della pugna, ma che mette sempre fuori combattimento, come disadatti, coloro che non hanno l'energia e la volontà di vivere. Chiediamo scusa di questa digressione, ma sono così radicati e così diffusi certi concetti e certi pregiudizi sulla natura e i caratteri del dritto, che bisogna combatterli con tutte le armi.

Una lotta, adunque, di attività e di volere è tra il proprietario e il possessore; il più gagliardo e il più abile di loro vincerà la pugna. Se il proprietario è vigile ed operoso, o impedisce l'usurpazione o la ripara a tempo; ma, s'egli trascura e lascia che altri faccia in vece di lui, il suo dritto, come scemano le energie che lo tengono in essere, scema d'intensità e di vigore. Il dritto di proprietà si compone di due parti: l'una stabile e permanente che rappresenta, ci si permetta la parola, il capitale fisso ed il lavoro incorporato nel suolo per renderlo produttivo; l'altra mobile e fluttuante che corrisponde al capitale circolante ed al lavoro, che è necessario spendere continuamente ed a termini periodici per prepararne e raccogliere regolarmente i prodotti. Il primo rappresenta l'accumulazione del capitale e del lavoro del passato, il secondo l'impiego del capitale e del lavoro presente; l'uno, essendo stato necessario per creare od agevolare la produttività del suolo, ne investe la sostanza e

può dirsi radicato e connaturato nel medesimo; l'altro, soddisfacendo alle necessità ordinarie della cultura, si presenta meno aderente e più debole; al primo risponde il *jus disponendi,* al secondo il *jus utendi.* L'uno e l'altro debbono trovarsi nel proprietario, ed entrambi costituiscono l'essenza del dominio; ma se il dritto di proprietà, per le scemate condizioni del medesimo, deve disfarsi, si perde pria mano mano il primo, e poscia col tempo si perderà anche il secondo. Ben è vero che il capitale fondiario, come suol dirsi comunemente, essendo immedesimato nel suolo, sopravvive ad un certo giro di produzioni; ma anch'esso, se non viene reintegrato dall'opera provvida e riparatrice dell'uomo, col tempo si consuma e si esaurisce. E poichè quest'opera restauratrice del capitale fondiario si esercita dal possessore; così avviene che la legge, dopo un dato periodo di anni, riconosce in lui il dritto di unire al godimento anche la disposizione della cosa. Vi ha un caso in cui si disegna assai bene il doppio elemento costitutivo dell'essenza del dominio: il godimento, cioè, della cosa munito delle necessarie guarentigie per essere protetto nel possessore, la disponibilità della medesima accompagnata dalle azioni correlative per farsi valere nel proprietario. È il caso del possesso di buona fede: il possessore ha per sè il godimento della cosa e le azioni possessorie, il proprietario ne ha la disposizione e le azioni petitorie; vi ha un dritto nel proprietario, un altro nel possessore, la proprietà piena non è nè nell'uno, nè nell'altro. Ma la proprietà tende ad affermarsi intera; avviene quindi che o chi ne ha il godimento acquisterà anche la disposizione della cosa o chi conserva la disposizione ne riacquisterà il godimento.

Se nel possesso di buona fede troviamo nettamente delineato questo doppio dritto in cui si scompone il dominio; ciò non esclude che negli altri casi di possesso, sebbene con minore precisione, si trovin del pari ripartiti i dritti e le guarentigie del dominio. Anzi il diverso trattamento che la legge concede ai possessori di mala fede conferma meglio il prin-

cipio da noi posto. Nel possessore di buona fede infatti, per la natura stessa delle cose, pienissima è la coscienza di sentirsi proprietario, pari l' interesse e l' attività che disposa per conservare e rendere meglio produttiva la cosa; è naturale quindi e giusto a un tempo, che la esistenza completa di tali condizioni affretti più presto la risoluzione del dritto di proprietà a suo favore. Nel possesso di mala fede, all' incontro, comunque il silenzio e l' inerzia del proprietario depongano chiaramente ch' egli non serbi integro il sentimento e l' attività del dritto, avviene pure che tali condizioni, per la coscienza stessa dell' usurpazione, non siano complete nel possessore, le quali in lui hanno bisogno del tempo per maturarsi. Ma il sentimento e l' attività del dritto, originariamente impossibili nel possessore, vengono progressivamente a formarsi, quando non trovano legittima resistenza nella volontà e nell' operosità del proprietario. Tali condizioni se pur non sono ancora sufficienti, perchè macchiate dal peccato di origine, a generare nel possessore il pieno godimento della cosa, lasciandone al proprietario la sola disponibilità, bastano però a far passare in lui quella parte che riflette la esteriorità del dominio, le guarentigie possessorie.

23. — E qui ci si permetta di fare un appunto alla logica dei legislatori; i quali, mentre consentono che con trent' anni il possessore di mala fede acquisti il dominio intero delle cose immobiliari, gli negano poi che prima di tal termine possa guadagnare una parte qualunque dei frutti percepiti. Sappiamo benissimo che *malitiis non est indulgendum;* ma, se il possessore conosceva pur troppo in principio di commettere un' usurpazione, il proprietario doveva non meno conoscere che trascurando di esercitare il suo dritto porgeva ad altri l' occasione e la necessità di esercitarlo. E allora, o si voglia accettare la teoria del Romagnosi che il silenzio del proprietario implica un tacito consenso (1), o si

(1) « Se tu, me presente, veggente, sciente, senza frode, senza violenza, senza timore, pigli un frutto mio e lo mangi, è vero che tu co-

voglia accettare la nostra idea che all' originarsi delle condizioni del dritto debba logicamente seguire l' acquisto del dritto istesso, tutto mena alla stessa conseguenza: che il possessore, cioè, anche di mala fede, debb' acquistare i frutti della cosa posseduta quando si è sicuri che, col decorrimento di un certo termine, il proprietario abbia voluto rinunziarvi; o che, durante quel termine cessando nel proprietario le condizioni del dritto, siano esse incontestabilmente nel possessore. Nè s' invochi la massima che, essendo i frutti *pars fundi*, debbano essi sempre spettare al proprietario, finchè non sia passata in altri, mediante prescrizione, la cosa stessa che li ha prodotti. Quand' anco non voglia farsi buon viso alla distinzione, cui sopra abbiamo accennato, dell' essenza del dominio la quale, a nostro avviso, determina esattamente quella parte di dritti che spetta al possessore, allorchè ne abbia acquistate prima le condizioni, e quella che si mantiene ancora nel proprietario, in cui, a misura che scemano le condizioni del dritto di proprietà scema il dritto istesso; non sapremo perciò vedere giustificata razionalmente la dottrina professata dai legislatori. Imperocchè non può evitarsi il doppio inconveniente di punire spesso nel possessore vittime innocenti della colpa altrui e di premiare sempre nel proprietario la negligenza e l' arbitrio proprio. E poi, non è da porsi in dubbio che il tempo opera un mutamento sostan-

minci là ove dovevi finire; è vero che tu commetti un atto biasimevole: ma se io non ricuso, se io non proibisco, se io mostro aggradimento, tu non potrai essere accusato di furto. Incominci, è vero, dal pigliare; ma, col mio consenso di pigliare, si eseguisce una tradizione spontanea, la quale perciò stesso involge la precedente stipulazione ed accettazione. Qui non intervengono parole, ma puri atti; qui non havvi espressa convenzione alcuna: ma che perciò? Forsechè sotto altra forma manca la convenzione? Forsechè non si pareggia fra i privati l' utilità mediante l' inviolato esercizio della comune libertà? Diciamo, adunque, che in ultima analisi coi fatti materiali che attestano il tacito consenso si fonda il dritto come negli espressi ». ROMAGNOSI, *Condotta e ragione delle acque*, parte II, lib. II, sez. 1ª, cap. V, § 713.

ziale negli elementi e nei rapporti delle cose: il proprietario, che per sua colpa non ha percepiti i frutti del fondo, si è abituato a vivere senza di essi, ed ha vissuto di fatti; il possessore forse ha vissuto con essi quando, dopo un certo termine, si era fatto sicuro che il proprietario non li avrebbe più dimandati. L' arbitrio e la negligenza non meritano rispetto e protezione nel mondo. Ed i legislatori medesimi pare s' inchinino profondamente dinanzi a quest' alto principio di giustizia, quando in altri casi, come *nelle annualità delle rendite perpetue e vitalizie, nelle pensioni alimentarie, nelle pigioni delle case e nei fitti dei beni rustici, negl' interessi delle somme dovute, e generalmente in tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi,* dispongono severamente che tutte siffatte annualità non possano ripetersi oltre il quinquennio (art. 2144). La ragione del credito, *caput,* si conserva, ma si perdono i frutti; nè s' indaga la coscienza del debitore, ma si punisce la negligenza del creditore. Perchè far uso di una doppia logica, quando si tratta di concorrere le medesime ragioni?

Facciamo voti che tale sconcio venga emendato. Il progresso del mondo cammina per gradi: bisogna fare oggi per riparare domani. Il legislatore italiano ha avuto il merito di fare, tentando, un nuovo Codice: avrà anche quello di riparare appena, cessata la fretta e la necessità dell' unificare, gli si porgerà l' occasione dell' assimilare ed organare. Ma, qualunque siano i difetti delle leggi positive, resta sempre saldo il rigore dei principî razionali; ed anche restringendoci alle sole disposizioni del Codice, quando troviamo che il possessore, anche di mala fede, può esercitare le azioni possessorie. le quali, appunto perchè si esercitano da lui, mancano del tutto nel proprietario, bisogna convenire che in lui vi sia quella parte di dritto corrispondente alle azioni di cui si vale.

Esiste dunque un dritto del possesso, dritto *sui generis,* poichè non può confondersi nè con quello della personalità nè con quello della proprietà: è un intermezzo ed un crepuscolo tra l' uno e l' altro; muove sempre, come da condizione

fondamentale dal primo, tende e va a confondersi, quando non trovi giusta resistenza nel cammino, immancabilmente col secondo. Gli elementi di cui si compone siffatto dritto sono quegli stessi, che staccandosi dal dominio passano nel possesso; ne sia prova luminosa che l' azione possessoria, quando si esercita dal possessore, non può simultaneamente esercitarsi dal proprietario: una cosa non può essere e non essere nel medesimo tempo. Se l' essenza del dominio fosse ancora integra nel proprietario, potrebb' egli a suo libito valersi delle azioni petitorie e delle possessorie per affermare il suo dritto; del pari se il godimento della cosa si conservasse ancora da lui, come si conserva tuttavia la disponibilità della medesima, i frutti raccolti non si acquisterebbero dal possessore di buona fede. Esiste dunque un dritto del possesso giacchè esistono nel possessore le condizioni necessarie per porlo in essere, e si trovano in lui, fuori dubbio, le azioni necessarie per farlo valere; giacchè balza agli occhi che il dominio non è più integro nel proprietario, e quella parte che manca in lui si ritrova nel possessore. Tale dritto del possesso infine, se vogliamo accattare un formola matematica felicissima viene a costituirsi in ragione diretta della volontà e dell' attività del possessore, ed in ragione inversa della volontà e dell' attività del proprietario.

Laddove si fosse posto mente a siffatti principî, non si sarebbe pur troppo deplorata come anomalia nei giureconsulti romani, ai quali assai raramente faceva difetto il genio della intuizione, l' idea di considerare il possesso or come fatto, or come dritto. A parte che il possesso, siccome abbiamo dimostrato, si mostra davvero ora fatto, ora dritto, secondo i momenti diversi in cui si guarda, e le condizioni diverse che lo accompagnano; si è fatta servire spesso la sentenza, tanto abusata, di Paolo ad esprimere concetti che non erano certo nella mente del grande giureconsulto. La sentenza di Paolo è questa: *Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse: quae sententia*

recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant (1). L' idea del giureconsulto, come si vede, è limitata a significare che il pupillo uscito d' infanzia possa, senza che abbia d' uopo dell' autorità del tutore, cominciare a possedere; appunto perchè il possesso serve indubbiamente a migliorare la sua condizione. La quale idea, non pure si applica al possesso, ma si estende eziandio a qualunque rapporto giuridico abbia la virtù di recar vantaggio alla persona del pupillo, obbedendo così ad un concetto più vasto e più generale. *Pupillus, quantum ad adquirendum, non indiget tutoris auctoritate* (2). *Omnes res pupillo, et pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt* (3). *Namque placuit meliorem quidem conditionem licere pupillis facere, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate* (4).

Possiamo dunque affermare che nulla dica contro di noi la sentenza giustamente famosa di Paolo; ma ci si conceda di affermare egualmente che troppo dica per noi la parola autorevole del principe dei giureconsulti romani, Papiniano: *Plurimum ex jure possessio mutuatur — Possessio non tantum corporis sed et juris est* (5). E, dove tanto non si creda bastevole, ci soccorre anche della sua autorità una legge dell' imperatore Costantino, la quale par fatta apposta per mettere in luce il nostro concetto: *Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae jure consistit: aliam, quae corpore: utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur. Interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa*

(1) Fr. 1, § 3, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.
(2) Fr. 11, *Dig*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.
(3) § 2, *Instit.*, « Quib. alien. licet », II, 8.
(4) *Instit.* pr., « De auctor. tut. », I, 21.
(5) Fr. 49, pr. e § 1, *Dig*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

in judicium deducta super jura possessionis vacillet ac dubitet (1). Il possesso, secondo i principî svolti nella citata costituzione, possiamo dirlo col Romagnosi, « un ente morale il quale racchiude i suoi caratteri essenziali che lo contraddistinguono da qualunque altro » (2). Ente questo che si compone del fatto come generante, del dritto come generato: il primo si risolve nel doppio elemento della connessione fisica colla cosa e della connessione morale; il secondo nei dritti che da siffatte condizioni derivano. Mediante l'interpellazione del proprietario o la contestazione della lite, comunque si conservi ancora dal possessore il legame fisico colla cosa, il legame giuridico necessariamente si risolve, non potendo coesistere la volontà del proprietario con quella del possessore; l'una annulla e fa cessare l'altra, ed il proprietario reintegra il dominio che già era cominciato a spezzarsi. Il quale concetto è così bene chiarito dal Gothofredo nell'annotazione a siffatta legge: *Interruptio* - egli dice - *vitiat justam usucapiendi causam, adeo ut si ad diem res possessa non fuerit, videatur possessio ad verum dominum recurrere atque ipsa interruptione dominium renovare.* Queste - *possessio ad verum dominium recurrere et dominium renovare* - sono frasi felicissime, le quali esprimono meravigliosamente che col possesso viene a ricostituirsi il dominio, che senza di esso non era più integro.

Abbiamo fatto il possibile per porre in rilievo il dritto del possesso: non diciamo di avere indovinato; ma in questa materia così piena di pericoli e di difficoltà anche un lieve tributo di meditazione e di studio non è addirittura inutile. Bisogna evitare di andare cercando siffatto dritto dove non è, e dove ora si trova nello stato di divenire, ora si trova completamente trasformato in un altro dritto superiore. In tale scoglio si sono infranti molti sistemi e molte teorie, e la ragione debb'esser notissima a tutti. È la natura stessa

(1) *Leg.* 10, *Cod.* « De adqu. poss. », VII, 32.
(2) Op. cit., § 712.

di questo rapporto giuridico che sfugge alle analisi ed alle definizioni rigorose: bisogna coglierlo in certi momenti ed in certi atteggiamenti questo Proteo multiforme che si avvolge e si colora in mille guise, assume mille fisonomie, sempre varie, sempre nuove; se vuol trovarsi con caratteri spiccati e decisi, o non è ancora sorto o già non è più.

II.

24. — Il possesso pertanto, pur conservando nel complesso degli elementi che valgono a costituirlo l'essenza della sua natura, muta però di qualità e di guarentigie come mutano gli accidenti e le condizioni che possono col medesimo accompagnarsi. Da ciò le varie classificazioni del possesso, le quali, nella loro forma molteplice, rendono vera la sentenza di Paolo: *Unum genus est possidendi*; *species infinitae* (1). Tali classificazioni nel dritto romano erano assai numerose. Riguardo all'obbietto di fatti si distingueva la *possessio* dalla *quasi possessio*, secondochè si trattava del dominio intero o di una parte di esso; riguardo al subbietto si aveva la *bonae* e la *malae fidei possessio*, secondochè il possessore ignorava o no che altri fosse il proprietario della cosa; riguardo all'origine si distingueva la *justa* dalla *injusta possessio*, secondochè traeva cominciamento da un titolo ammesso o disdetto dal dritto; riguardo agli effetti poi si distingueva la *naturalis* dalla *civilis possessio*, secondochè produceva nel possessore il semplice dritto agl'interdetti od anche quello alla usucapione, onde soleva pure adoperarsi la denominazione di *possessio ad interdicta* e *possessio ad usucapionem*. Nei Codici moderni non sono passate tutte queste classificazioni, o almeno hanno perduto la loro primitiva importanza. Non si fa più distinzione invero tra il *possesso* ed il *quasi possesso*, adoperandosi indistinta-

(1) Fr. 3, § 21, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

mente la sola parola *possesso* per indicare così la *detenzione di una cosa come il godimento di un dritto* (art. 685). Nè più in uso è la distinzione di possesso giusto od ingiusto; chè essa anzi non era gran fatto importante nel dritto romano medesimo: *non multum interest, juste quis, an injuste possideat* (1). Potrebbe mantenersi ancora in vigore però la distinzione tra la *possessio ad interdicta* e la *possessio ad usucapionem,* per ciò che riguarda specialmente la prescrizione decennale, richiedendosi per essa condizioni maggiori (art. 2137) di quelle che siano richieste per l'esercizio delle semplici azioni possessorie (art. 686, 694, 695); ma tale distinzione non si è soliti farla, nè vogliamo noi darci il carico di rimetterla in campo. Due sole classificazioni sono grandemente in uso nelle legislazioni moderne, mostrandosi feconde di utili risultamenti nella pratica, quella di possesso legittimo ed illegittimo, e quella di possesso di buona o di cattiva fede: la prima trae specialmente la sua efficacia dalle condizioni esterne che sogliono accompagnare il possesso; la seconda tiene meglio conto delle condizioni interne di colui che possiede. Senza punto incaricarci delle altre specie di possesso, avendo tolto ad obbietto del nostro studio il possesso di buona fede, a questo solo dobbiamo volgere il nostro esame.

25. — « È possessore di buona fede », dice l'articolo 701, « chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignorava i vizi ». Questa disposizione del Codice italiano mette capo alla nota sentenza di Modestino: *Bonae fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse* (2).

Vari sono gli effetti che, oltre quelli concessi a qualunque possessore in generale, si producono specialmente a

(1) Fr. 3, § 5, *Dig.*: « De adqu. poss. », XLI, 2.
(2) Fr. 109, *Dig*. « De verb. signif. », L. 16.

pro del possessore di buona fede. Egli difatti ha dritto alla ritenzione dei beni per causa di miglioramenti (art. 706), dritto che è assolutamente negato al possessore di mala fede. Questo beneflzio però, sebbene lo ponga anch' esso in una condizione di privilegio rimpetto al possessore di mala fede, nulla contiene di straordinario o di estremamente favorevole, non avendo altra mira che quella di fargli ricuperare il suo, *ut suum recipiat*, mediante una semplice guarentigia reale. Ma il possessore di buona fede può ancora colla semplice percezione acquistare i frutti della cosa posseduta (art. 703); e col tempo, senza che abbia d' uopo della *longissimi temporis praescriptio*, acquistare eziandio, in termine più breve dell'ordinario, la proprietà della medesima (art. 2137). Noi dobbiamo studiare solamente il possesso di buona fede in quanto conduce all' acquisto dei frutti; ma ci avverrà spesso che, per mettere meglio in rilievo le idee che andremo mano mano svolgendo, sia d' uopo toccare anche dell' effetto della prescrizione: non trascorreremo però, lo che speriamo, oltre i limiti che la natura e l' economia del lavoro c' impongono.

26. — Il Dritto romano riconosce pienamente nel possessore di buona fede il dritto all'acquisto dei frutti. *Fructus statim, ubi a solo separati sunt bonae fidei emptoris fiunt* (1). Questo stesso principio, con locuzione più generale, viene consacrato dal Codice italiano: *il possessore di buona fede fa suoi i frutti* (art. 703). Ma come conciliare siffatto principio coll' altro più largo e più assoluto che *i frutti naturali e i frutti civili* appartengono per dritto di accessione *al proprietario della cosa che li produce?* (art. 444). *Fructus pendentes pars fundi videntur* (2).

Stando alle regole generali, il proprietario, nel riven-

(1) Fr. 48 pr, *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1; fr. 4, § 19, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3; fr. 45, fr. 25, § 1, fr. 28 pr., *Dig.*, « De usur. », XXII, 1; fr. 13, *Dig.*, « Quib. mod. usufr. », VII, 4; § 35, *Instit.* II, 1.

(2) Fr. 44, *Dig.*, « De rei vindic. », VI, 1.

dicare la cosa, non altr' obbligo avrebbe che quello di rimborsare i terzi delle spese di cultura, delle sementi e delle opere da loro fatte (art. 445); egli non può essere proprietario di ciò che non gli appartiene. *Bona intelliguntur cujusque; quae deducto aere alieno supersunt* (1). Ma i frutti, di qualunque specie essi siano, dovrebbero rientrare nel suo patrimonio come vi rientra la cosa medesima che li ha prodotti; poichè mediante la *reivindicatio* si risolve *ex tunc* qualunque rapporto abbia mai potuto collegarla alla persona del possessore. Come va dunque che il possessore di buona fede acquista i frutti, se non può dirsi che egli un istante abbia avuto come proprietario l'appartenenza della cosa?

Il dritto di proprietà, secondo ci siamo studiati di provare altrove, intanto merita di essere rispettato e protetto nelle sue molteplici manifestazioni, in quanto, adempiendo alla sua natural destinazione, porta in sè i motivi della propria legittimità. Ogni fine razionale dell' uomo, dovendo necessariamente raggiungersi qual mezzo efficace di conservazione e di perfezionamento, genera a un tempo l' obbligo e il dritto di compiere quel che ci è assolutamente necessario per vivere e perfezionarci. L' attività umana, in quanto si conforma pienamente agli alti fini della natura, è dovere in noi che così facciamo la volontà suprema della legge morale, ed è pure dritto in quantò, mantenendosi nei limiti segnati dalla legge, debb' essere dagli altri meritamente rispettata. Il dritto adunque è il risultato dell' adempimento di un dovere, la legge è la misura dell' uno e dell' altro. Se l' uomo non opera secondo il suo dovere gl' impone, o non acquista un dritto o viola l' altrui dritto; e se opera meno del suo dovere non può acquistare, nè svolgere tutto il suo dritto; il primo è sempre condizione e limite del secondo. Come è di ogni dritto in generale, così avviene della proprietà: se il proprietario non adempie tutto o parte del

(1) Fr. 39, § 1, *Dig.*, « De verb. signif. », L, 16.

suo dovere, perde tutte o parte delle guarentigie dovute al suo dritto. Or nel possesso avviene sempre che la cosa intanto si trova nel potere fisico altrui, in quanto trascura di conservarla e farla servire ai suoi veri uffici colui che ne avrebbe il potere giuridico: è naturale quindi e giusto insieme che, come scemano le sue obbligazioni, scemino pure le sue giuridiche pretensioni. Tale diminuzione delle guarentigie dovute alla proprietà, perchè si mantenga negli stretti limiti di giustizia, è mestieri tenga conto di un doppio elemento, la condizione fisico-morale di colui che possiede e di colui che lascia possedere: dalla combinazione di questi due elementi deriva razionalmente la qualità e la misura della protezione che debbe accordarsi all'uno e negarsi all'altro. Ogni maniera di possesso, mettendo radice nella negligenza e nella inerzia del proprietario, ha sempre dritto ad una guarentigia per sottrarsi alle molestie arbitrarie di chiunque, sia il padrone od un terzo, voglia recargli turbamento ed offesa. Ma tale guarentigia è mestieri sia più valida ed efficace quando, per la buona fede del possessore, si mostra più salda e più intima in lui la connessione fisica e la connessione morale colla cosa. All'inerzia ed alla negligenza, se non pure alla colpa, del proprietario, si contrappone l'attività e la buona fede del possessore; il quale, nell'onesta coscienza di esercitare un dritto legittimamente acquistato, spende e lavora sulla cosa colla certezza profonda di costituirsi una sorgente sicura di entrata. Se il proprietario avesse strettamente adempiuto agli obblighi che il dritto di proprietà gl'impone, o la violazione non sarebbe avvenuta, o, se pure avvenuta, sarebbe stata dall'accorrere pronto immediatamente sanata. Ma egli ha lasciato che altri facesse, e, col suo silenzio lungamente protratto, ha meglio fecondate le speranze e le aspettative del possessore di buona fede; il quale, sicuro del suo dritto, adempie pienamente ai doveri ed ha in sè tutta la coscienza del proprietario; è giusto quindi che ne abbia eziandio i dritti. E poichè i dritti che ordinariamente si esercitano

dal proprietario, si risolvono nella percezione dei proventi che dalla cosa immediatamente derivano; così avviene che il possessore di buona fede acquisti legittimamente i frutti percepiti. Ciò per dritto e non per equità, come comunemente s' insegna. Se non è ardita osservazione la nostra, parci di veder lampeggiare questa idea nella stupenda sentenza del giureconsulto Giuliano: *Bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est* (1). Che altro significa quel pareggiare il possessore di buona fede al *dominus praediorum* se non esprimere ch' egli, come ha la coscienza e ne adempie i doveri, così pure debbe avere i dritti del proprietario? Un dritto senz' azione è un dritto senza vita, chi rinunzia all' azione, rinunzia alla vita; se l' inazione perdura lungo tempo, il dritto si spegne del tutto, se no, può rimettersi in vita, ma dal tempo in cui l' azione, che ne è l' elemento fecondatore, principia, senza che si abbia però il potere di distruggere quella parte di vita che altri, per necessità indeclinabile di natura e col convincimento di operare legittimamente, ha tratto per sè. Così ci sembra giustificato, coi principî rigorosi del dritto e senza che sia d' uopo ricorrere all' equità, l' acquisto dei frutti al possessore di buona fede. E tale principio, se mal non ci apponiamo, anzichè contraddire, conferma meglio l' altro principio più assoluto che i frutti appartengono al proprietario; poichè proprietario in tal caso non è colui che ne ha la semplice facoltà astratta, ma quegli invece che ne ha la coscienza e l'attività.

27. — La disposizione dell' articolo 703, che il possessore di buona fede fa suoi i frutti, non deve estendersi oltre i limiti che possono razionalmente giustificarla; e qui non facciamo che compendiare semplicemente la dottrina del Laurent (2), al quale rimandiamo chiunque ami meglio attingere alla prima fonte.

(1) Fr. 25, § 1, *Dig.*, « De usur. », XXII, 1.
(2) Op. cit., vol. VI, n. 239 a 244.

Ci siamo ingegnati in altro luogo di quest' opera (1), di porre in chiaro come il possessore, nel rapporto del proprietario, sia da riputarsi sempre un terzo: è qui il caso di farne applicazione al possessore di buona fede. La nozione di quest' ultimo è data con precisione dal dritto romano: *Bonae fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere* (2). È possessore di buona fede adunque colui che, acquistando regolarmente e mediante giusto titolo di traslazione una cosa, reputa la persona che gliel' ha trasferita o come proprietario o come autorizzata dal proprietario, a compiere quell' atto di trasferimento. La legge intanto gli accorda di acquistare i frutti, in quanto può fare assegnamento su di un titolo realmente traslativo di proprietà; titolo che, come afferma il Troplong; « è fuori dubbio attaccabile nel merito, perchè non parte da quello che solo aveva il dritto di disporre della cosa » (3); ma che l' azione del proprietario, se può renderlo inefficace rimpetto alla cosa sua, non può distruggere del tutto in ordine agli effetti giuridici che produce nel rapporto di chi trasmette e di chi acquista. L' idea del possessore esclude quella del contraente; il proprietario non ha che un sol mezzo per far valere il suo dritto, l' azione reale di rivendicazione; poichè, non essendovi nessun legame diretto di obbligazione derivante da contratto o quasi contratto tra lui e il possessore, non ha nessun' azione personale da sperimentare. Perchè taluno adunque possa legalmente aspirare al favore accordato dall' articolo 703, è mestieri che sia un terzo rimpetto al proprietario, dovendo il suo titolo trarre origine necessariamente dal non proprietario. Qualunque sia il nome e la qualità della persona che trasmette, i suoi rapporti col vero proprietario, lo stato dell' animo suo se di buona o di cattiva

(1) Capit. II, n. 10 e seg., pag. 13 e seg.
(2) Fr. 109, *Dig.*, « De verb. signif. », L, 16.
(3) Op. cit., n. 873.

fede, non è punto importante per la nostra quistione; basta solo che l'acquirente ignori completamente non avere il suo autore dritto alcuno a trasferirgli il dominio della cosa. Il dritto di traslazione esiste, ma il trasferimento della proprietà non ha luogo; poichè manca in colui che trasferisce il dritto di poter disporre. *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest* (1).

Ma, se per avventura tra colui che è proprietario della cosa, capace o no di alienarla, o il suo legittimo rappresentante ed un altro individuo qualsiasi si compie un contratto a titolo gratuito od oneroso, per cui si trasmette in questo ultimo il dominio della medesima; se poscia o per lesione o per inadempimento degli obblighi inerenti al vincolo giuridico o per condizione risolutiva espressa o tacita o infine per qualche vizio di nullità che l'offenda, debba rescindersi, annullarsi o risolversi il contratto, s'invocherebbe assai male a proposito da colui che ha posseduto con titolo ed animo di proprietario il favore dell'articolo 703. Le conseguenze giuridiche in tal caso saranno definite dal contratto medesimo che, pur cessando di esistere, regola tuttavia i dritti e le obbligazioni rispettive delle parti. La sentenza del magistrato, dichiarando nullo, risoluto o rescisso un contratto, rimette i contraenti nello stato di prima, quasichè quel vincolo giuridico giammai sia stato posto in essere; onde vengono meno *ex tunc* tutti quei rapporti ch'erano conseguenza necessaria sia dell'essenza della convenzione, sia della volontà espressa o tacita delle parti. Ma poichè non possono, per la natura stessa delle cose, ridursi interamente al nulla i fatti compiuti, bisogna mirare a reintegrare le parti non, contr'ogni possibilità, nella loro condizione materiale originaria ma nella condizione giuridica primitiva, assicurando a ciascuna ciò che per dritto le sarebbe spettato se la

(1) Fr. 28, *Dig.*, « De contrah. empt. », XVIII, 1.

convenzione non fosse avvenuta, nel fine di serbare quella eguaglianza di trattamento che il principio rigoroso di giustizia reclama; ma non è da farsi quistione di buona o di cattiva fede, e molto meno di possesso. Si terrà conto bensì del dolo e della colpa, e potrà ciò costituire benissimo un motivo efficace per aggravarne gli obblighi o condannare al risarcimento dei danni quella delle parti che vi abbia dato luogo; ma mal si chiederà asilo sotto l'egida dell'art. 703. Imperocchè il possesso implica solo un rapporto reale tra il proprietario e il possessore, il quale è semplicemente un terzo dinanzi al primo, ed il suo titolo rimarrà integro ed invulnerato, malgrado la rivendicazione del proprietario, rimpetto alla persona colla quale ha contratto; e dove si tratti di buona fede, sebbene non abbia, per carenza di dritto nel trasferente, la virtù di trasmettergli *ipso facto* il dominio della cosa, potrà esercitare tuttavia contro il proprietario l'efficacia di fargli acquistare i frutti, che per dritto di accessione apparterrebbero indubitatamente a quest'ultimo. Dia fine e valore alle nostre osservazioni la parola autorevole del Laurent: « On n'a pas besoin de ces distinctions pour régler les rapports entre le demandeur, qui réclame sa chose en vertu d'un contrat, et le défendeur qui la possède en vertu de ce même contrat: le contrat est annullé, les parties sont replacées dans l'état où elles étaient avant d'avoir contracté, voilà le vrai principe qui régit leurs rapports. Il n'est question ni de bonne, ni de mauvaise foi. Le possesseur rend les fruits parce que il n'y a aucun droit, il les rend alors même qu'il serait de bonne foi, car cette bonne foi ne serait pas la bonne foi légale définie par l'article 550; il n'est pas un propriétaire apparent, l'annullation de son titre anéantit jusqu'à l'apparence de propriété; celle-ci n'a jamais été incertaine, car le possesseur n'a jamais eu titre..... Dans le cas de l'article 550 le possesseur a un titre vicié, mais titre qui subsiste; il n'est pas annullé par la revendication, il produit au contraire tous les effets entre les parties contractantes:

l' équité exige que le tiers détenteur puisse l' opposer au propriétaire » (1).

28. — Date quelle nozioni generali, che credevamo opportune, intorno alla natura ed al fondamento razionale del possesso, alle sue classificazioni ed ai rapporti giuridici sorgenti dal medesimo, con particolare brevissima esposizione del possesso di buona fede in quanto specialmente conduce all' effetto della percezione dei frutti, è tempo oramai di entrare nella trattazione speciale della materia. L' ordine della trattazione ci è indicato dalla natura stessa dell' argomento; perciocchè si conviene da tutti che un doppio elemento sia necessario alla esistenza giuridica del possesso di buona fede - il giusto titolo e la buona fede - l' uno come condizione dell' altra. Occorre quindi trattar prima del titolo e poscia della buona fede; e infine, poichè l' adempimento delle condizioni giuridiche non pure ha un valore economico riguardo agli effetti utili che produce, ma è produttivo altresì di dritti e di obbligazioni, bisogna studiare quali siano gli effetti che dal possesso di buona fede, in uno dei suoi momenti più importanti, si fanno derivare dalla legge.

(1) Op. e vol. cit., n. 241.

PARTE PRIMA

CAPITOLO I.

TITOLO TRASLATIVO

29. — Condizione fondamentale a porre in essere il rapporto giuridico del possesso di buona fede è, secondo l'articolo 701, un titolo abile a trasferire il dominio. L' usurpazione della cosa altrui può benissimo dare origine al vincolo del possesso, ma questo non potrà mai rettamente venire qualificato di buona fede; poichè il fatto stesso dell' usurpazione implica la coscienza e la volontà di mettersi al posto e nella condizione di un altro, malgrado si riconosca che solo al medesimo spetti la legittima facoltà di godere della cosa o del dritto che intende usurparsi. Ed anche ammettendo che, nell' usurparsi la cosa altrui, si creda di esercitare un dritto proprio, bisogna rimontare al titolo di acquisto perchè si decida se quell' atto costituisca l' esercizio di un dritto proprio o la violazione di un dritto altrui. Il titolo di acquisto intanto può avere l' efficacia di produrre la buona fede nel possessore, in quanto, racchiudendo in sè tutti gli elementi di un atto compiuto regolarmente e secondo le prescrizioni della legge, vale a generare nell' acquirente, più che una semplice fiducia, la giusta certezza di avere legittimamente acquistato la proprietà od un dritto sulla cosa. L' usurpazione adunque, traendo ogni sua virtù informativa da un fatto, oltrechè immorale, giuridicamente illegittimo, non può

entrare logicamente nel novero dei titoli capaci ad originare il possesso di buona fede.

Nemmeno l'occupazione, se mal non ci avvisiamo, possiede i caratteri necessarî perchè possa riputarsi titolo traslativo secondo il concetto dell'articolo 701. Primieramente si oppone la parola di detto articolo, il quale, reclamando in termini precisi *un titolo abile a trasferire il dominio,* accenna evidentemente a quella classe di titoli che sogliono appellarsi derivativi, e che presuppongono un dominio costituito: non si può trasferire di fatti se non ciò che si è precedentemente acquistato. Ma poi il Codice stesso, parlando dell'occupazione, ne porge un concetto assai limitato, giacchè ne restringe solamente il valore *agli animali che formano oggetto di caccia o di pesca, al tesoro e alle cose mobili abbandonate* (art. 711). Esclude quindi l'occupazione degl'immobili, muovendo dall'idea che l'intero territorio dello Stato trovisi costituito in proprietà, sia dei privati, sia dei comuni o delle provincie, sia dello Stato: e quanto alle isole che si formano nei letti dei fiumi o dei torrenti, secondochè questi siano o no navigabili, appartengono esse o per dritto eminente allo Stato, o per dritto di accessione ai privati (art. 457, 458). Ed infine non è soverchio il ricordare che l'occupazione, essendo un modo originario di acquisto della *res nullius*, darebbe piuttosto luogo al vincolo di proprietà anzichè a quello di possesso, il quale solamente sorge quando la proprietà trovasi già costituita. L'occupazione, quindi, se ha per oggetto la *res nullius,* esclude l'idea del possesso, se ha per oggetto la *res aliena* si traduce in usurpazione: in ambo i casi non può formare titolo abile a trasferire il dominio secondo l'articolo 701.

30. — È mestieri adunque, perchè possa dare occasione all'originarsi del possesso di buona fede, di un titolo derivativo atto a trasferire il dominio. Il possessore; quanto alla forma dell'acquisto, debb'essere un proprietario in piena regola; quanto poi alla sostanza, nulla ha realmente acquistato, perchè nulla poteva trasmettergli colui dal quale ha

avuto causa. Tutti quei titoli quindi, i quali creano semplici rapporti personali di credito e di debito tra le parti, non possono entrare razionalmente nel novero dei titoli traslativi. Imperocchè, non formando oggetto della contrattazione la proprietà nella sua pienezza od in alcuno dei suoi smembramenti, non può aspirarsi al godimento totale o parziale della cosa, se non perchè si ha una guarentigia del medesimo nell' obbligazione immediata di colui col quale si è stipulato, in nome e nella rappresentanza del quale si ha solamente facoltà di godere. Un contratto di comodato, di anticresi o di locazione non può reputarsi titolo traslativo di dominio, secondo espressamente richiede l'articolo 701. Abbiamo appreso la prima volta, con grande meraviglia, dal Tartufari che anche siffatti titoli possano essere costitutivi del possesso di buona fede; ma, malgrado l'autorità dello scrittore, non ci siamo sentiti nel debito di accettarne la dottrina (1), finchè non avrà dato opportune spiegazioni sull' articolo 701, il quale reclama incontestabilmente un titolo abile a trasferire il dominio. Nè formerebbe ostacolo alla nostra idea, la quale del resto è quella comunemente adottata dagli scrittori e dalla pratica, l' opinione messa in campo dal Troplong, che la locazione degl'immobili cioè dia luogo ad un *jus in re* sulla cosa locata (2). Imperocchè, oltre la poca accoglienza, se levi pochi scrittori (3), che si è fatta a tale dottrina, essa non pretende di avvisare nella locazione uno smembramento della proprietà, scorgendo piuttosto i caratteri del dritto reale nella così detta *patientia locatoris* (4). Possiamo, dunque, affermare, con una proposizione generale, che i titoli precarî, non avendo la virtù di trasmettere tutto o parte del dominio, non debbano reputarsi titoli abili a mettere su il rapporto giuridico del possesso di buona fede.

(1) Vedi Nozioni generali, cap. II, n. 18, pag. 46 e seg.

(2) *Del contratto di locazione,* vol. I, n. 5 e seg.

(3) Doveri, op. cit., II, § 352, pag. 174, nota 1; Saredo, op. cit., II, § 1018.

(4) Troplong, op. cit., n. 6.

31. — Bisogna però venire ad opposta sentenza, laddove si tratti di quei titoli i quali, comunque non valgano a trasferire il dominio in tutta la sua pienezza, servono tuttavia a trasferirlo in taluno dei suoi smembramenti. Tale sarebbe, a cagion di esempio, l'usufrutto. Esso senza dubbio ha per obbietto una parte importantissima del dominio, quella che riflette l'uso e godimento della cosa, e rimpetto a questo produce un vincolo di effettiva padronanza, il quale non si limita ai soli rapporti col proprietario ma, collegandosi direttamente alla cosa, dà luogo ad un dritto assoluto, che l'usufruttuario può difendere da sè ed in suo nome con tutti i mezzi che la legge mette a disposizione del proprietario medesimo. « L'usufruttuario », dice benissimo il Troplong, « non ha pretensione alla nuda proprietà: egli riconosce un padrone della cosa; ma, per ciò che concerne l'usufrutto, frazione sì importante del dritto integrale di proprietà, egli esclude il proprietario » (1). L'usufrutto, adunque, può bene a ragione collocarsi nella categoria dei titoli traslativi; poichè, se non trasmette intero il dominio, ne trasmette una parte, e propriamente quella di usare e godere pienamente dei frutti derivanti dalla cosa. Si dica egualmente del titolo costitutivo di uso, riguardo al quale concorrono le medesime ragioni esposte per l'usufrutto, essendo la limitazione nel godimento una semplice accidentalità relativa alla quantità e non alla qualità del rapporto giuridico che si vuol porre in essere.

Il titolo costitutivo di enfiteusi poi, per maggiori e più salde ragioni, debb'essere riguardato come eminentemente traslativo di dominio. Il Codice italiano in vero non pure considera l'enfiteuta come *dominus*, ma come il vero e solo *dominus* altresì; poichè non riconosce nel direttario altro che un semplice dritto di credito rimpetto al canone, dritto il quale se dall'articolo 415 viene qualificato immobiliare, non lo è che per la guarentigia reale della risoluzione del

(1) *Prescrizione*, n. 364.

titolo di traslazione che ne assicura l'esercizio. L'enfiteuta all'incontro gode di tutti i diritti e adempie a tutte le obbligazioni che solo al vero proprietario della cosa si addicono. Egli solo difatti è tenuto a pagare le imposte prediali e tutti gli altri pesi che gravano il fondo enfiteutico (art. 1558); egli solo fa suoi tutti i prodotti del fondo e delle accessioni, e quanto al tesoro ed alle miniere che si scoprono in esso, ha gli stessi dritti che avrebbe il proprietario (art. 1561); egli infine può disporre in modo assoluto tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà (art. 1562). Che cosa resta al concedente sul fondo enfiteutico se non il semplice dritto di chiederne la devoluzione, qualora l'enfiteuta non adempia al doppio obbligo di pagare il canone e di migliorare il fondo enfiteutico? E la devoluzione, è bene il ripeterlo, è risoluzione del titolo costitutivo di enfiteusi. La enfiteusi adunque è titolo traslativo di dominio quale è richiesto dall'articolo 701.

32. — La nozione dei titoli traslativi non è recente di data, essa rimonta al dritto romano; ma questo ne porge piuttosto un'enumerazione anzichè una definizione: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi ejus quod nostrum non sit: velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede; pro noxae dedito, pro suo* (1). Come si vede, la enumerazione non è completa: era mestieri quindi di un concetto generale che, fissando i caratteri del titolo traslativo, *justa causa*, come vien denominato dalle fonti, potesse servire di guida nei singoli casi di esame. Gli interpetri del dritto romano ne avvertirono il vuoto e vollero colmarlo: le loro definizioni sono improntate ad unico tipo, e tutte, più o meno, riescono meravigliosamente a ritrarre il concetto del titolo traslativo. *Justum titulum,* scrive il Pothier, *accipimus eum, ex quo quod rem ex causa perpetua et ad transferendum dominium idonea, tamquam*

(1) Fr. 3, § 21, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

suam possidet (1). Nè meno acconciamente sentenzia il Voet: *Justus titulus est causa habilis ad dominium transferendum, ut emptio, donatio, sic ut ex quibus causis, tradente vero domino transiret dominium; ex iisdem tradente non domino procedat usucapio* (2). E finalmente il Vinnio, oltrechè ritrae con pari felicità il medesimo concetto, aggiunge una breve enumerazione dei titoli che, secondo le fonti romane, solevano considerarsi traslativi di proprietà: *Justam causam,* dice parlando del dritto romano, *appellat justum titulum, ex quo si res a domino, eove qui jus transferendi habet, traderetur, dominum statim in accipientem transiret; ejusmodi causae sunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, noxae deditio, transactio, adjudicatio* (3).

Il Codice italiano può benissimo dirsi che siasi ispirato alla dottrina di tali sommi maestri nel dare la nozione dell' articolo 701, dove denomina *possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio.* Il titolo adunque debb' esser di quelli, nei quali la legge riconosce la virtù di trasmettere efficacemente la proprietà delle cose; senonchè la proprietà non si trasmette di fatti, poichè manca di dritto colui che intende di trasmetterla. La legge guarda alla coscienza giuridica del possessore, la quale è impossibile che sorga se non metta prima radice in un titolo effettivamente traslativo di dominio; la effettività della traslazione non importa: questo appunto mira a regolare il legislatore. Bisogna quindi attingere le regole di condotta al libro terzo del Codice, il quale s' intitola: *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri dritti sulle cose.* Ma in esso, come si rileva pure dall' epigrafe, non si tratta dei soli modi di acquistare e di

(1) *Pandectae*, vol. III, n. 64.

(2) Op. cit., lib. XLI, tit. 3, § 4.

(3) *Institutionum Commentarius,* lib. II, tit. I, « De fruct. bona fide percept. », § 5.

trasmettere la proprietà; occorre perciò sceverarli dagli altri modi che servono a creare legami diversi di diritto e di obbligazione. Noi non entreremo in tale ricerca, chè, essendo notissimi e superiori ad ogni discussione la maggior parte di siffatti titoli, riusciremmo ad un fuor d'opera. Onde, come abbiamo prima escluse l'usurpazione e l'occupazione e poscia i titoli produttivi di rapporti personali dal concetto dell'articolo 701, per ammettervi indi i titoli costitutivi di usufrutta, uso ed enfiteusi; così, dopo avere esposta la nozione che dei titoli traslativi hanno dato i grandi scrittori sopra ricordati e alla quale il Codice si conforma, ci rimane unico esame su questo argomento, quello di porre in rilievo come taluni titoli, che si sono reputati o si reputano tuttavia traslativi di proprietà, non abbiano veramente i caratteri per considerarsi tali.

33. — La transazione in primo luogo non costituisce titolo traslativo, ma piuttosto titolo semplicemente dichiarativo di dritti; poichè intesa più ad evitare litigi che a creare dritti, a confermarli più che a costruirli — *confirmatio nihil novi juris addit.* Questo concetto fu propugnato con molta efficacia dal d'Argentré nell'interpretazione dell'antico dritto francese, ma trovava grandissimo ostacolo ad essere accolto nell'autorità contraria del dritto romano, che in termini assai precisi poneva la transazione nel novero dei titoli traslativi: *Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis, usucapere possunt* (1). Il dritto moderno respinge la nozione traslativa che il dritto romano porse della transazione; questo principio promette ognor più di divenire padrone del campo (2).

Molto meno la cosa giudicata può considerarsi come titolo traslativo di proprietà. A ragione scrive il Troplong:

(1) *Leg.* 8, *Cod.* « De usuc. pro empt. vel transact. », VII, 26.

(2) TROPLONG, op. cit., n. 882; MERLIN, *Repert.*, v. « Trans. », § 4, n. 6; DALLOZ, *Repert.*, v. « Prescript. », § 892; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni,* vol. VI, n. 82.

« La cosa giudicata non è in alcun luogo classificata tra i mezzi di acquistare la proprietà; essa è la prova di un dritto, non la sorgente: essa non concede la proprietà, la dichiara; sanziona un dritto preesistente e gli assicura una forza obbligatoria » (1). E come per la transazione così per la cosa giudicata non ci è di ostacolo l' autorità contraria di Ulpiano, che dopo aver detto: *Qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana,* soggiunge: *Item si res ex causa judicati sit tradita* (2); poichè i principî informatori del dritto moderno sconoscono nel potere giudiziario quelle attribuzioni, di cui spesso il pretore trovavasi investito in Roma. Chiamata a dirimere le contestazioni, l'autorità giudiziaria avrà bensì il debito di riconoscere e dichiarare i dritti e le obbligazioni delle parti derivanti dalle convenzioni o dalla legge; ma non avrà mai il potere legittimo di metter su rapporti giuridici che non abbiano fondamento e giustificazione in quelle, che sono le principali sorgenti di dritti ed obbligazioni. « Il faut », conclude Dalloz, « remonter jusqu'au titre primitif, auquel le jugement prête main forte » (3).

Ma la divisione di eredità, o di qualunque patrimonio od oggetto singolare deve riguardarsi qual titolo traslativo di dominio? Nessun dubbio per dritto romano: *Si per errorem de alienis fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto, ex adjudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum* (4). *Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo: sed jus pignoris creditori manebit, etiamsi adjudicatus fuerit: nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem aestimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Julianus ait* (5). Da questi

(1) Op. cit., n. 883.
(2) Fr. 3, § 1, *Dig.*, « De public. », VI, 2.
(3) Op. e loc. cit., § 893.
(4) Fr. 17, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.
(5) Fr. 6, § 8, *Dig.*, « De comm. divid. », X, 3.

e da vari altri testi non meno chiari (1), ben si rileva come per dritto romano la divisione di eredità, o di qualunque patrimonio ed oggetto singolare fosse considerata qual titolo traslativo di proprietà. Ma il Codice italiano (art. 1034) sulle tracce del Codice francese, considera espressamente la divisione come titolo semplicemente dichiarativo (2).

A dirla breve, secondo i principî che informano il dritto moderno, a differenza del dritto romano, tanto la transazione che la cosa giudicata e la divisione non sono che titoli meramente dichiarativi. Questi difatti riconoscono semplicemente o pongono in chiaro i dritti che emergono immediatamente dalla legge o dai contratti, definendo in modo assai netto e preciso i rapporti giuridici, che prima tra le parti formavano obbietto di litigi o di confusione. Onde bisogna guardare ai titoli originari che ricevono conferma e riconoscimento, per vedere se si tratti di traslazione di dominio o punto.

CAPITOLO II.

TITOLO PUTATIVO

I.

34. — Si conviene pertanto dagli scrittori intorno alla necessità del titolo traslativo, perchè si venga logicamente alla nozione giuridica del possesso di buona fede: ma non è del pari accertato e messo in sodo se sia mestieri, per

(1) Fr. 20, § 3, *Dig.*, « Fam. ercisc. », X, 2; fr. 66, § 3, *Dig.*, « De evict. », XXI, 2; fr. 77, § 18, *Dig.*, « De legat. », XXXI, 2.

(2) Troplong, op. cit., n. 886; Duranton, vol. VII, § 522; Demolombe, op. cit., XVII, 266; Aubry e Rau, op cit., I, § 217, nota (a); Dalloz, op. e loc cit., § 895; Laurent, op. cit., VI, n. 210; Pacifici-Mazzoni, op. cit., IV, 232.

produrre l'effetto della percezione dei frutti, di un titolo reale traslativo di dominio, il quale, unico vizio, renda inefficace la mancanza di proprietà nel trasferente, ovvero basti a tener luogo di titolo la convinzione, più o meno fondata nel possessore, di avere acquistato regolarmente il dominio di una cosa. Da qui la teoria del titolo putativo che piglia nome e fortuna dal dritto romano, il quale l'applicò indistintamente così alla *fructuum perceptio* come alla *longi temporis praescriptio*. Irto di controversie e di difficoltà passò dal principio agl'interpetri, i quali, per munirsi di un criterio autorevole e costante nella pratica, ricorsero alla nota distinzione dell'errore di dritto e dell'errore di fatto, regolandosi diversamente secondochè si trattasse dell'uno o dell'altro. Ma tale espediente, lungi dal portare la concordia nelle file degl'interpetri e dei glossatori, servì ad accrescerne grandemente la confusione e le difficoltà. Sotto l'impero del Codice napoleonico e prima con varia fortuna si è annunziata in Francia la teorica dei titoli putativi, ed il contagio delle idee buone o cattive di oltr'alpe, come in altri casi anche in questo, con soverchia facilità si è comunicato in Italia. Grave è la quistione perchè meriti di essere studiata in tutta la sua ampiezza, nè sappiamo trarre migliore auspicio che prendendo le mosse dal dritto romano.

35. — Cosa significhi titolo putativo la parola stessa il denota; è un titolo che realmente non esiste, ma che per un errore, più o meno scusabile, la persona crede di possedere. Questo concetto, come per vincolo di paternità, discende dal dritto romano, ed ebbe larga applicazione tanto nella percezione dei frutti quanto nella breve prescrizione di dieci o venti anni. La teoria del dritto romano sul titolo putativo, sebbene contrasti alla severità primitiva del *jus quiritarium*, serba tuttavia quel fine accorgimento, quel senso pratico squisito che non è l'ultimo pregio della grande razza latina: essa è la più alta espressione di ciò che il principio di equità possa operare presso un popolo, senza rompere le tradizioni o rinnegare l'autorità del *jus strictum* originario. La con-

vinzione personale, isolata, frutto di leggerezza o di distrazione, per quanto sentita e profonda nell'animo, non ebbe mai il suffragio e la protezione della legge. Era troppo proverbiale nell'antichità la insania di quel povero greco, convinto di appartenergli quant'erano le navi che approdavano nel Pireo, perchè l'equità del pretore e dei giureconsulti potesse spingersi al segno di venire in ajuto degli allucinati e degl'illusi.

A ragione sentenzia il Fabro: *Bonae fidei possessor ille est qui titulum habet sed invalidum* (1). La mancanza assoluta di titolo per dritto romano è del tutto improduttiva di effetti giuridici, dove non sia supplita da una giusta causa, da un complesso di fatti e di circostanze, che per natura loro contengano sufficienti motivi di credibilità, sì da generare nel possessore la opinione ragionevole di essere proprietario. *Error autem falsae causae usucapionem non parit: veluti si quis cum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat* (2). L'errore volgare rasenta la colpa, ed i giureconsulti romani non hanno mai una parola di favore o di scusa per esso: *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis: ut nec scrupolosa inquisitio exigenda* (3). Di tale principio si fece larga applicazione al titolo putativo, negandosi qualunque protezione a colui che non potesse giustificare la sua falsa opinione con una causa abile ad indurre in errore serio, ed a volte in date circostanze, inevitabile: *Celsus libro XXXIV errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre emerit, necne, si modo emptum, vel donatum sibi existimaverit: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum lega-*

(1) *Cod.*, lib. I, tit. II, n. 3.
(2) § 11, *Instit.*, « De usucap. », II, 6.
(3) Fr. 6, *Dig.*, « De jur. et facti ignor. », XXII, 6.

tum sit (1). Sulla qual legge nota il Gothofredo: *Titulus putativus non sufficit ad praescribendum etiam cum bona fide, si non subest justa causa putandi.* La sola convinzione personale non basta, quand'essa non sia l'effetto di un fatto serio e positivo, capace per sè a produrre un'opinione ragionevole nell'animo del possessore. *Pro emptore possidet qui revera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere: sed debet etiam subesse causa emptionis* (2).

Ma il dritto romano declinava da tale rigore, venendo in soccorso del possessore di buona fede, quante volte la opinione di costui trovava giustificazione e fondamento nel fatto di un terzo, in una causa estranea che poteva aver influito ragionevolmente sulla sua coscienza, porgendogli fondata e non leggiera occasione di errore; *quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est* (3). Tra i casi più comuni di titolo putativo nel dritto romano, tre si presentavano assai frequenti nella pratica, e furon fatti segno all'esame speciale dei giureconsulti. Primo ad offrircisi innanzi è quello di cui tiene parola Africano, del mandante cioè che, avendo incaricato il suo procuratore di acquistargli una cosa, crede in buona fede, quando costui gliene fa la tradizione, assicurandolo di avere stipulato il contratto di acquisto a suo favore, di essere divenuto proprietario effettivo della medesima. *Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere; hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur* (4). Non meno frequente era il caso in cui un terzo,

(1) Fr. 27, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.
(2) Fr. 2 pr., *Dig.*, « Pro empt. », XLI, 4.
(3) Fr. 5, § 1, *Dig.*, « Pro suo », XLI, 10.
(4) Fr. 11, *Dig.*, « Pro empt. », XLI, 4.

portando l'identico nome del vero legatario si reputava in buona fede come colui ch'era stato realmente beneficato dal defunto. *Pro legato potest usucapi si res aliena legata sit; aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur; in horum enim persona subest justa causa, quae sufficit ad usucapionem. Idem potest dici et si in nomine erit dubitatio: veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit* (1). Più noto infine e più ordinario si porgeva il caso in cui l'erede, nel raccogliere il patrimonio del defunto, trovava in esso degli oggetti, i quali nè appartenevano al suo autore, nè erano stati mai a notizia del medesimo. Onde l'erede, reputandoli in buona fede come componenti il patrimonio del defunto, aveva un titolo putativo abile per acquistare i frutti prima colla separazione, e la proprietà poi colla breve prescrizione. *Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere* (2).

36. — Gl'interpetri accolsero pienamente la teoria del dritto romano sul titolo putativo; ma, per avere un criterio sicuro nella pratica, la sottoposero al principio dell'errore di diritto e dell'errore di fatto. Se la persona possiede per virtù di un titolo che non ha esistenza reale, ma che ha creduto valido per un errore di diritto, essa non potrà far suoi i frutti percepiti, e molto meno valersi della prescrizione di dieci anni; potrà benissimo però giovarsi dell'uno e dell'altro favore accordato dalla legge, dove si tratti di semplice errore di fatto. *Nec sufficit putare titulum intervenisse si non intervenerit; nam ut falsa existimatio nostra usucapionem non parit, ita nec ad fructuum acquisitionem prodesse debet, nisi forte huic nostrae opinioni causam dederit justa et probabilis facti ignorantia* (3). Nè meno incisiva è la parola del Voet: *Titulum autem hunc oportet esse verum,*

(1) Fr. 4, *Dig.*, « Pro legato », XLI, 8.
(2) Fr. 3, *Dig.*, « Pro herede », XLI, 5.
(3) VINNIO, op. e loc. cit., § 5.

cum falsa causa non pariat usucapionem, neque pro legato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit,... nisi justissimus sit error facti, quo quis lapsus, titulum intervenisse crediderit, qui tamen revera non intervenerit (1).

Prima del Codice napoleonico in Francia, il diritto romano e le antiche consuetudini si dividevano il campo legislativo. Le consuetudini, tra le quali quella di Parigi segnatamente, esigendo espressamente il giusto titolo, parevano sconoscere affatto la teorica del titolo putativo, la quale però trovava larga applicazione, secondo le tradizioni romane, nei paesi del dritto scritto. Campione delle idee professate dai giureconsulti romani, il Pothier, dopo aver confutato il Lamaitre, che sosteneva non essere applicabile la teoria romana del titolo putativo allo statuto di Parigi, conclude: « L'opinione in cui trovasi il possessore che il suo possesso deriva da un giusto titolo, ancorchè sia falsa, quando è appoggiata ad un giusto fondamento, è essa stessa un giusto titolo, compreso sotto il titolo generale *pro suo* » (2).

37. — Posti sotto l'azione di queste due correnti, che li tiravano in senso contrario, i compilatori del Codice napoleonico non seppero affidarsi interamente all'uno o all'altro dei due principî; onde il loro sistema si risente di tale un eclettismo forzato, che dà spesso luogo a contrasto tra le diverse disposizioni contenute nel Codice. E gli interpetri, da parte loro, ne han posto meglio in rilievo le inconseguenze col decidere che per l'articolo 2265, relativo alla prescrizione di dieci o venti anni, il Codice francese, esigendo un *juste titre* abbia voluto escludere ogn'idea di titolo putativo; che poi ha ammesso coll'articolo 550 dove si tratta della semplice percezione dei frutti, contentandosi quivi solo di « un titre translatif de propriété, dont le possesseur ignore les vices ».

(1) Op. e loc. cit., § 4.
(2) *Prescrizione*, n. 97.

Così l'opinione di Pothier, che ha tanta autorità tra gli interpetri del Codice napoleonico, è stata generalmente respinta per ciò che riguarda l'applicabilità del titolo putativo alla prescrizione di dieci o venti anni; solo il Merlin aveva tentato di rimetterla in campo sotto l'impero del Codice, ma i suoi tentativi non trovarono seguito nella dottrina e nella giurisprudenza francese. Su questo punto grandissimo è l'accordo degli scrittori; a noi non resta che invocare la parola autorevole del Dalloz, la quale, mostrandosi per lo più l'eco delle opinioni più accreditate e più diffuse, può benissimo darci chiara notizia dello stato di tale quistione: « La loi exige un titre, et non point seulement l'opinion énoncée d'un titre, quelque fondement qu'elle ait, pour acquérir à un tiers le bien d'autrui. Ainsi l'héritier putatif ne prescrit pas par dix ou vingt ans contre le véritable héritier. Ainsi celui auquel par suite d'une erreur provenante de l'identité de nom un légat a été payé, quoique il ne fût pas légataire, ne prescrit pas par dix ou vingt ans contre le véritable légataire de l'immeuble » ecc. (1). Se è d'uopo di un'altra autorità, perchè dia maggior peso a siffatta opinione che pare raccolga oramai il suffragio universale degli scrittori, la troviamo nel Marcadé: « Bisogna riconoscere », egli scrive, « che questa buona fede è richiesta con più rigore che a Roma, e che una delle circostanze, senza le quali il Codice non la riconosce, è l'esistenza reale di un titolo » (2).

Ma non è d'affermarsi egualmente riguardo alla semplice percezione dei frutti; poichè per questa, i principî del dritto romano sul titolo putativo e l'autorità del Pothier prevalsero pienamente così nella dottrina come nella giurisprudenza francese. « La loi », dice lo stesso Dalloz, « n'exige d'autre condition, que la bonne foi, et le titre n'est qu'un élément, et non une condition spéciale et distincte de cette bonne foi.

(1) *Repert.*, v. « Prescript. », § 898.
(2) Vol. V, art. 2265.

D'ailleurs quand un titre est vicieux, cela aboutit absolument au même résultat que l'absence du titre, puisque dans l'un et l'autre cas, il n'y a point de translation de propriété » (1). Se non è soverchio, possiamo aggiungere a queste le scolpite parole del Zachariae: « La quistione della buona fede, quella cioè di sapere se il possessore ignorava o no i vizi di cui trovasi affetto il suo titolo, deve dunque esser decisa secondo considerazioni di fatto attinte nelle circostanze particolari a ciascuna specie e specialmente nella condizione individuale del possessore. Deve anche notarsi che l'articolo 550, parlando di un titolo traslativo di proprietà, non ne fa una condizione distinta dalla buona fede. Al contrario l'articolo 2265. Lo esige dunque come mezzo di prova o elemento di quest'ultima, e perchè, in tesi generale, è impossibile di ammettere la buona fede in colui che possiede senza titolo. Deve conchiudersene che colui il quale possiede, in virtù di un titolo traslativo di proprietà, una cosa alla quale questo titolo in realtà non si applica (titolo putativo) può tuttavia per la credenza contraria a quella nella quale si trova, acquistare i frutti che raccoglie. Così, per esempio, l'erede fa suoi i frutti della cosa che possiede di buona fede, come dipendente dalla eredità, benchè essa realmente non ne faccia parte. Così l'erede apparente fa suoi i frutti derivanti da una eredità alla quale credevasi chiamato e di cui più tardi soffre evizione » (2).

38. — Pertanto in questi ultimi tempi un illustre scrittore, il Laurent, insorge fieramente contro tale opinione, che prevale in modo così deciso nel campo della dottrina e della giurisprudenza francese. « Les auteurs », egli scrive, disent que le titre est seulement un élément de la bonne foi, une preuve qu'elle existe, mais on ne peut pas exiger un titre comme condition essentielle de la bonne foi; il est possible que cette preuve de la bonne foi fasse défaut et

(1) Op. cit., v. « Propr. », § 310.

(2) Vol. I, § 201; DEMOLOMBE, vol. V, n. 596 e 602; MOURLON, vol. I, pag. 704, nota 3; MARCADÉ, vol. V, art. 2265.

que néammoins il y ait bonne foi, tel est le cas de titre putatif. Nous nions le principe et nous rejetons la conséquence que l'on en déduit. Il faut appliquer ces principes au titre putatif. On entend par là un titre que n'existe réellement pas, mais que le possesseur croit d'exister. Ce titre suffit-il pour l'acquisition des fruits? Non, car un titre putatif n'est pas un titre vicié. C'est l'absence d'un titre; or quand il n'y a pas de titre, il ne saurait y avoir bonne foi dans le sens légal du mot. Le texte de l'article 550 repousse le titre putatif (1).

39. — Con tutto il rispetto dovuto all'insigne giureconsulto belga, ci sembra nondimeno che la sua opinione, per quanto razionalmente pregevole, non trovi giustificazione e fondamento legale nel Codice napoleonico da lui interpetrato. Gli argomenti più validi, ch'egli invoca a sostegno della sua dottrina, sono la disposizione testuale dell'articolo 550 che richiede tassativamente un titolo traslativo, e l'impossibilità assoluta che siffatta disposizione testuale del Codice possa conciliarsi col titolo putativo, il quale è l'assenza e la negazione del titolo. Ma all'espressione si ribella l'idea, all'argomentazione razionale fa contrasto la tradizione storica e la retta interpetrazione del Codice francese. Proviamoci, nè sembri ardita la nostra pretesa, a mostrare come mal si avvisi il Laurent nel respingere con tanto disdegno dal Codice francese la teorica dei titoli putativi.

Se stiamo alla parola, anche in dritto romano si trova l'espressione *justa causa,* che risponde a capello al *titre translatif* del Codice francese, *titolo traslativo* del Codice italiano; eppure è noto, e lo abbiam fatto rilevare, che ciò malgrado i titoli putativi ebbero larga e costante applicazione nella legislazione romana. Il Codice napoleonico non fece accoglienza alla teoria romana sui titoli putativi, per quanto si attiene alla prescrizione decennale; ma l'adottò pienamente per ciò che riguarda la semplice percezione dei frutti. Se

(1) Op. cit., vol. VI, n. 209.

accettò il principio non potea rigettarne le conseguenze; era quistione di sistema. E il sistema del Codice francese si mostra assai scolpito, per poco si tenga conto delle diverse disposizioni che rannodandosi come intorno ad unico concetto, rivelano chiaramente lo spirito che tutte le governa.

È notevole in primo luogo la differenza di locuzione adoperata dal Codice napoleonico negli articoli 550 e 2265 (1); e se le parole sono l'espressione delle idee, la diversità delle medesime non può non essere indice sicuro di concetti diversi. Per l'articolo 550 difatti basta che il possessore possegga come proprietario, in virtù di un titolo traslativo di proprietà di cui ignora i vizi; per l'articolo 2265 richiedonsi invece due condizioni distinte nel possessore: la buona fede e il giusto titolo, di cui qualunque vizio anche di forma (articolo 2267), sebbene pienamente ignorato, l'esclude dal dritto d'invocare il beneficio della prescrizione di dieci o venti anni. Il concetto del legislatore si presenta assai nitido: col primo esige nel possessore la coscienza di proprietario derivante da titolo traslativo, il quale è un elemento della buona fede, senza punto escludere che possa la medesima generarsi da un complesso di circostanze equivalenti a titolo; col secondo poi fa del giusto titolo una condizione distinta dalla buona fede, in guisa che qualunque coscienza di proprietà profondamente radicata nel possessore, anche legittimata da valide ed incontestabili ragioni poggiate sul fatto

(1) Il testo dei due articoli citati del Codice francese è il seguente:

« Art. 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ».

« Art. 2265. Celui, qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la Cour royale, dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé; et par vingt ans s'il est domicilié hors du dit ressort ».

altrui, non serve alla prescrizione, quando non abbia base legale in un giusto titolo effettivo. A che far uso adunque di una locuzione diversa nei due articoli, se non era forte e deciso, nei redattori del Codice napoleonico, il pensiero di abolire per la prescrizione la teoria romana sul titolo putativo (di che le due condizioni, altronde ingiustificabili dell'articolo 2265, fan piena fede); e di accettarla intera per quanto riguarda la percezione dei frutti coll'accettarne pure il linguaggio? Perciocchè la disposizione dell'articolo 550 non è che una riproduzione pura e semplice delle leggi di Giustiniano, colla sola differenza ch'essa è elevata a massima generale legislativa: *Qui bona fide rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, usucapit* (1). *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit; naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura* (2). Lo studio isolato del linguaggio di taluno di questi due articoli potrebbe facilmente prestarsi ad una interpetrazione dubbia nell'uno o nell'altro senso; ma lo studio comparato dei medesimi segna scolpitamente il tratto del concetto diverso informatore delle due disposizioni, e bandisce ogni equivoco.

40. — Occorre ancora notare che il Codice francese, conforme al dritto romano (3), fece della percezione dei frutti una quistione semplicemente di fatto. Di tale principio si rivelano chiare ed inconcusse le conseguenze nel Codice francese, le quali poi servono di rimbalzo a confermare il principio medesimo, da cui non possono separarsi senza che venga meno ad un tempo ogni loro giustificazione legale e resti turbato quel nesso logico e razionale, che annoda insieme le varie disposizioni che governano la materia. Il sistema

(1) *Instit.* pr., « De usucap. », II, 6.
(2) § 35, *Instit*, « De rer. divis. », II, 1.
(3) Fr. 48, § 1, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.

di fatto così del dritto romano come del Codice francese, di cui non è qui il luogo d'indagarne le origini storiche, sta in questo: nel porre, cioè, a base del favore della legge l'effettivo convincimento di essere proprietario, generatosi nel possessore in seguito al fatto altrui e ad un complesso di circostanze ragionevoli e positive, tendenti a produrre nell'animo la seria ed incrollabile persuasione di essersi operato a suo favore il trasferimento del dominio di una cosa. Se la chiara coscienza di proprietà nel possessore è il fondamento della protezione della legge ne viene, per logica inesorabile delle cose, ch'essa sia a un tempo la causa e la misura del benefizio accordato al possessore di buona fede, per quanto riguarda il dritto all'acquisto dei frutti. Tale benefizio adunque debb'essere occasionato e circoscritto dalla buona fede effettiva che ne è la causa fondamentale; la sua durata ha un limite insuperabile che si delinea tra il principio e il termine della buona fede, comincia al sorgere di questa e termina al cessare della medesima. È l'elemento subbiettivo che tiene il disopra sull'elemento obbiettivo; il titolo si richiede perchè ordinariamente suole essere la causa generativa della buona fede, ma quando concorrono altri elementi non meno efficaci del medesimo a provarla effettivamente, essi bastano a creare la legittima coscienza di proprietario nell'acquirente. I giureconsulti romani, qual conseguenza del sistema di fatto da loro adottato, riconobbero espressamente i titoli putativi, di cui sopra abbiamo ricordato gli esempi più comuni; il Codice francese, ammettendone esplicitamente le conseguenze, non può non ammetterne implicitamente il principio. Di fatti il capoverso dell'art. 550 tanto invocato dal Laurent, parlando del possessore di buona fede, chiaramente dispone che la buona fede cessa come prima gli sono noti i vizi del titolo: ciò ha un significato importantissimo nel porre in rilievo l'identità del sistema seguìto.

Ci preme ripeterlo che è quistione di logica; si accetti l'uno o l'altro dei due sistemi, bisogna accettarlo in tutta

la sua pienezza. Quando il Codice dichiara che la buona fede finisce immediatamente nel possessore, appena conosce i vizi del titolo, non occorre andare oltre per convincersi, ch' esso tien conto esclusivamente della coscienza personale del possessore, cessata la quale vien meno il favore accordato dalla legge; nè s' incarica punto di determinare le cause che sole abbiano la virtù di farla cessare, delle quali l'una non vale più dell'altra, producendo tutte lo stesso effetto dinanzi alla legge, quello di distruggere la convinzione primitiva del possessore. Da ciò un' osservazione che ci pare abbastanza decisiva per la quistione in esame. Il sistema di dritto ed il sistema di fatto differiscono tra di loro in questo: che il primo cioè richiede date prove speciali così pel cominciamento come per la cessazione della buona fede, senza tener conto dell' animo del possessore, il quale si presume sempre di buona fede sino a prova contraria; mentre nel secondo, senza distinguere tra l' una e l' altra causa generativa od estintiva di buona fede, si guarda unicamente alla coscienza effettiva del possessore, la quale serve di ragione e di limite a un tempo alla protezione della legge. Le antiche consuetudini francesi (1), fondando in modo esclusivo sul giusto titolo la buona fede, la ritennero inesorabilmente continuata sino alla dimanda giudiziale, ch' era l' unico mezzo legalmente riconosciuto per farla cessare. Il Codice però dispone che la buona fede cessa appena si conoscano in qualsiasi modo, anche per semplice indizio, i vizi del titolo; onde è giocoforza ammettere, per argomento *a contrario*, che la medesima può sorgere pure senza bisogno di titolo, al sorgere della coscienza di proprietà nel possessore a causa del semplice titolo putativo. Accettare il sistema di fatto nella cessazione della buona fede per ismentirlo nel cominciamento della medesima sarebbe a un punto violazione profonda di logica e di giustizia. Da quest' alternativa non può sfuggirsi: o il principio di fatto o quello di dritto non

(1) Vedi art. 94 dell' ordinanza del 1539.

si accettano che interi: si finisce qual si è cominciato, *dissolvitur eodem modo quo colligatum est.*

41. — E senza lasciarci trarre, come fa questa volta contro le sue consuetudini il Laurent, dal valore letterale delle parole, bisogna nell'articolo 550 guardare in fondo allo spirito ed ai principî informativi, che servono a fissare assai bene il significato veramente legale. Studiamolo un poco questo articolo e vediamo se, anche preso isolatamente, si presti esso alla nostra interpretazione che è quella adottata, ci si consenta la parola, da quasi tutti gli scrittori del Codice francese. L'articolo 550 del Codice napoleonico, adunque, si compone di due parti: la prima delle quali regola la formazione della buona fede nel possessore, la seconda la cessazione della medesima. Che nella prima parte di tale articolo non debba prendersi alla lettera la parola *titolo traslativo*, poichè anche in dritto romano si adoperò quella di *justa causa,* dandosi pur largo campo ai titoli putativi, lo abbiamo già detto innanzi, nè è d'uopo ripeterlo; ma d'altra cosa non possiamo passarci. La prima parte del detto articolo, che riguarda la formazione della buona fede, è così concepita: « Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices ». Non occorre spendervi su molte parole per convincersi che il Codice napoleonico non pone in esso alcun criterio legale, perchè si presuma, sino a prova contraria, la buona fede nel possessore. Il concetto legislativo si presenta ben chiaro - la coscienza effettiva di proprietà nell'acquirente - di cui è lasciato arbitro assoluto il magistrato, il quale, come può negare la esistenza della buona fede in colui che ha un giusto titolo, così può riconoscerla in colui che solo mette a base della medesima un titolo putativo. E il giudizio del magistrato di merito in questa parte, per consenso unanime della dottrina, non escluso il Laurent, è incensurabile in Cassazione. Di una cosa sola si occupa il legislatore nel dare le regole di siffatto articolo, cioè del fatto reale della buona fede nell'animo del possessore. Se

la nozione del titolo vi entra, non lo è che come occasione e guarentigia, perchè si generi nel possessore la certezza seria e fondata di essere veramente divenuto proprietario della cosa. A tale ufficio, poichè interviene come semplice elemento della buona fede, adempie benissimo il titolo putativo, che mette sempre radice in una serie di fatti e di circostanze esterne, le quali escludono che possa farsi al possessore il rimprovero di troppa leggerezza e di soverchia credibilità all'apparenza delle cose. Basta ricordare i casi di titolo putativo esposti dal dritto romano acciò si veda come in essi la buona fede del possessore trovi legittimo e ragionevole fondamento per potersi originare. Ma il Codice francese, come il dritto romano, richiede il fatto della buona fede; fatto che deve provarsi dal possessore perchè possa divenire produttivo di effetti giuridici. Se si addimandasse il giusto titolo, come nella prescrizione, per la semplice percezione dei frutti, basterebbe esso solo per dar luogo ad una presunzione di buona fede, la quale dovrebbe essere mantenuta sino a prova contraria. Ma tale presunzione il legislatore francese l'eleva solamente quando si tratta della prescrizione, dove già essa trova base e fondamento sicuro nel titolo effettivo di acquisto. L'articolo 2268 difatti si trova nel titolo della prescrizione; nè può estendersi alla percezione dei frutti, senza sconoscerne i principî diversi che informano le due istituzioni. Esso è così formolato: « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Segno evidente questo che, posto a base della buona fede relativa alla prescrizione il titolo reale, la presunzione della buona fede scaturisce logicamente dalla esistenza effettiva del giusto titolo; poichè solo l'esatto adempimento delle regole e dei dettati stabiliti dalla legge, essendo ordinariamente l'effetto di una condotta leale, intelligente ed onesta, può divenire alla sua volta causa ragionevole di una presunzione, la quale però è tale da cedere alla prova contraria. Ma, per ciò che riguarda l'acquisto dei frutti, tale presunzione non si fa dalla legge, ed è un

omaggio reso alla logica ed alla giustizia. Diciamo alla logica in prima, perchè non esigendosi l'esatto adempimento delle condizioni legali, non può darsi luogo ad una presunzione legale; ed aggiungiamo alla giustizia, perchè sarebbe stato assai grave elevare una presunzione, dove non vi ha nessuna guarentigia esterna di buona fede, nella esistenza delle condizioni richieste dalla legge per compiersi regolarmente il trasferimento della proprietà.

L'esame adunque della prima parte dell'articolo 550, che fa del titolo una causa impulsiva ed occasionale alla buona fede, nella quale esso si confonde e si compenetra, ed il richiamo dell'articolo 2268, il quale, trovandosi collocato nel titolo della prescrizione, esclude onninamente che tale presunzione possa ancora applicarsi all'acquisto dei frutti; ci menano necessariamente alla conclusione di dover ammettere, in tutta la sua pienezza, la teoria dei titoli putativi riguardo alla percezione dei frutti, poichè per questi la coscienza effettiva di proprietà nel possessore è la condizione essenziale ed unica reclamata dalla legge. È dunque un principio diverso che informa il possesso di buona fede, secondochè si tratti della prescrizione della proprietà o dell'acquisto dei frutti; facendosi omaggio nel primo caso alle regole di dritto, ricercandosi nel secondo la realità del fatto; trovando per quello, nell'adempimento delle condizioni legali, la giustificazione e il *substratum* di una presunzione legale, escludendola in questo poichè, se ancora è da provarsi l'esistenza di un fatto subbiettivo (la coscienza di proprietario nel possessore) non può ammettersi una presunzione di dritto; dovendo conciliarsi nel primo la presunzione legale della buona fede coll'esistenza reale del titolo, non potendo altrimenti spiegarsi nel secondo la esclusione di tale presunzione che colla esclusione completa dei principî rigorosi di dritto; essendo necessariamente richiesta come realità nel primo la condizione del *giusto titolo,* richiedendosi, come occasione ed indizio di lealtà e di seria convinzione nel secondo, l'intervento di *un titolo traslativo di proprietà.* Or questa

lealtà e questo serio convincimento potendo benissimo conciliarsi coi titoli putativi, i quali come sono enunciati dal dritto romano ed ammessi dalla dottrina francese, metton sempre radice in una serie di elementi e di circostanze atte ad indurre in errore un uomo accorto ed intelligente; e d'altra parte affidandosi interamente alla prudenza del magistrato il giudizio sulla buona fede, non sono punto fondati i rimproveri fatti dal Laurent alla dottrina comune. « L'usucapione », concludiamo col Demolombe, « solleva principalmente una quistione di dritto; l'acquisto dei frutti al contrario dipende sopratutto da una quistione di fatto. Questa proposizione (applicata beninteso come dev'esserlo) ci sembra tuttavia esatta oggidì » (1).

Ma ci è debito ancora di esaminare la seconda parte dell'articolo 550 del Codice francese, che ne costituisce il capoverso: le parole son queste: « Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ». Questo capoverso può dirsi francamente la logica e natural conclusione del principio consacrato nella prima parte di detto articolo. Come il titolo non è necessario alla formazione della buona fede nel possessore, così la dimanda giudiziale non è richiesta qual condizione indispensabile per la cessazione della medesima: la conseguenza è figlia della promessa; poichè l'esistenza reale della buona fede, e non l'esistenza reale del titolo è ciò che richiede il legislatore francese per l'acquisto dei frutti: ciò appunto dà a questa attinenza giuridica i caratteri e la fisonomia di semplice fatto. Consacrare il principio legale, colla necessità del titolo effettivo di traslazione, nella formazione della buona fede, per poi smentirlo nella cessazione della medesima, quando, senza richiedersi di necessità la dimanda giudiziale od altro mezzo specifico di prova, basta qualunque indizio per costatare pienamente la mala fede sopravvenuta del possessore, lasciandone arbitro

(1) Op. cit., vol. V, n. 595.

il magistrato (1), sarebbe un assurdo ed una ingiustizia. Ma tale menda non macchia il legislatore francese: la disposizione dell'articolo 550, anche facendo astrazione delle altre, improntate al principio opposto che si trovano nel titolo della prescrizione, basta da sola a porgerne la prova più luminosa.

42. — Senonchè, ci si conceda il dirlo, questa menda si scorge con caratteri assai spiccati nella dottrina del Laurent; la quale, non trovando addentellato nelle disposizioni del Codice ed essendo disdetta universalmente dagli scrittori e dalla giurisprudenza, è, per necessità stessa di cose, costretta a dibattersi continuamente tra il rigore del dritto e la elasticità del fatto. E siccome quest' ultimo è l'elemento sostanziale, che compenetra ed assorbe in sè il rapporto giuridico del possesso di buona fede relativo all' acquisto dei frutti, così avviene che l'illustre scrittore, non potendo mantenere la sua teoria all'altezza in cui l'ha collocata, si trova ad ogni tratto nella necessità di transigere colla dottrina opposta, mentre nessun termine di transazione dovrebbe aver luogo, per l'antitesi stessa dei principî ai quali ubbidiscono. Per compiere interamente la parte che ci riguarda, amiamo di porre sott'occhio talune di siffatte inconseguenze che parci di scorgere nel Laurent.

Cominciamo dal citare un' idea di massima, che fa pieno contrasto alla severità del dritto ch' egli invoca per combattere la teorica dei titoli putativi: « L'acquisition des fruits est une faveur que la loi attache au fait de la possession, lorsque le possesseur ignore les vices du titre en vertu duquel il possède; c' est l'équité qui l'emporte sur le droit » (2). Messo su questa via, non lascia di percorrerla giustamente senza esitanza; ma il suo principio resta ferito nella parte più vitale, una volta che si apre al fatto l'adito per pigliare

(1) Duranton, op. cit., vol. II, n. 362; Toullier, op. cit., III, 75 e 76; Aubry e Rau, op. e loc. cit., nota 14; « La bonne foi résulte de l'ignorance où est le possesseur; l'ignorance cessant, il n'y a plus de raison pour qu'il gagne les fruits » Laurent, op. e vol. cit., 222.

(2) Laurent, op. e vol. cit., n. 221.

il luogo del dritto. Ed invero, facendo omaggio alla dottrina prevalente, anch'egli ritiene che, malgrado la dimanda giudiziale del proprietario, possa conservarsi dal possessore integra ed inalterata la buona fede originaria. « Malgré la demande intentée contre lui, il se peut que le possesseur conserve la conviction entière de son droit et par conséquent la bonne foi » (1). Dallo stesso criterio si fa guidare allorchè decide che, non ostante la perenzione della prima istanza promossa dal proprietario contro il possessore, possa nondimeno la buona fede di costui esser venuta meno, lasciandone arbitro di tale giudizio il magistrato. « Ce sera une question de fait. Il est possible que les titres produits par le propriétaire donnent connaissance au possesseur des vices de son titre; il se peut aussi que sa bonne foi est continuée. Le juge décidera d'après les circonstances de la cause » (2). E finalmente è in aperto contrasto coll'esclusione dei titoli putativi la decisione del Laurent, quando ammette, sulle tracce del Voet e contro il Pothier, che l'erede possa essere di buona fede quanto alla percezione dei frutti, comunque di cattiva fede sia stato il suo autore. « Toujours est qu'il faut tenir compte de la différence que la loi elle-même établit entre la bonne foi en matière de fruits, et la bonne foi en matière de prescription. S'agit-il de prescription, il suffit que le possesseur qui a commencé à prescrire ait été de bonne foi lorsque de l'acquisition: son héritier peut continuer la prescription quoique il soit de mauvaise foi; par contre, si l'auteur était de mauvaise foi, l'héritier ne peut pas prescrire... Quand il s'agit de l'acquisition des fruits on considère chaque perception; c'est donc au moment de la perception que le possesseur doit être de bonne foi, si l'héritier connaît le vice de son titre il n'acquerra les fruits, mais aussi s'il ignore, il doit les acquérir » (3). Come mai potrebbe spie-

(1) LAURENT, op. e vol. cit., n. 222.
(2) Ivi, n. 224.
(3) Ivi, n. 221.

garsi questa opinione del Laurent, se non mediante il titolo putativo *pro herede,* che solo abilita il successore a far suoi, a causa della buona fede, i frutti che, se dovesse fare assegnamento sul medesimo titolo del suo autore, non avrebbe certamente la facoltà di acquistare? E donde mai la differenza, da lui messa così bene in rilievo, tra la percezione dei frutti e la prescrizione, se non nel fatto che l'una ammette e l'altra bandisce la teorica dei titoli putativi?

Avviene spesso che certe teorie *a priori*, quando non trovano la loro base giustificativa nelle disposizioni del Codice, malgrado l'ingegno e gli accorgimenti usati dallo scrittore per tenerle lontane dalle contraddizioni, debbano necessariamente cadervi allorchè maggiore è la sicurezza, e più grande la persuasione di averle evitate. Le leggi positive come quelle di natura hanno le lore sanzioni, perchè non vengano violate impunemente anche nell'ordine sereno delle idee; sanzioni queste che consistono nelle inconseguenze ove s'infrangono necessariamente tutte le dottrine, che traggono la loro ispirazione da principî diversi da quelli che informano le disposizioni legislative. Ma, ci sia lecito il dirlo, se l'opinione del Laurent non ha il merito di avere interpetrato fedelmente e nel modo più corretto l'articolo 550 del Codice francese, ha quello però di aver fatto un ardito ed autorevole tentativo verso principî più razionali e più rigorosi; ha quello altresì di volere attenuare le contraddizioni che spesso nel Codice napoleonico, per le fonti diverse cui attinse, si resero inevitabili, e che, nella materia della percezione dei frutti posta in confronto colla prescrizione, balzano fieramente agli occhi. Se è concesso però all'interpetre di tracciare talvolta novelle vie alla sapienza dei legislatori, non è dato che solamente a questi il dritto di aprirle; superbo forse di aver detto la prima parola, deve poi raccogliersi indietro, per lasciare ad altri il merito di rendere attuoso e concreto quello che per lui formava solo obbietto di desiderio e di aspirazione.

II.

43. — Siamo entrati a far battaglia in un campo (il Codice francese) che doveva restar chiuso alle nostre esplorazioni; non ci si faccia rimprovero di tale ardimento, chè si vedrà ora, nell'analisi del Codice italiano, di quanta utilità sia fecondo in questa parte lo studio comparato delle due legislazioni. Seguiremo adunque senz'altro la dottrina che in Francia raccoglie così largo suffragio di scrittori di giurisprudenza; dottrina che anche noi ci siamo studiati di mostrare, contro l'opinione del Laurent, come la più vera e la più legale secondo i principî del Codice napoleonico? Tutto concorre, più che a consigliarci, ad imporci siffatta dottrina: la redazione dell'articolo 701, l'autorità degli scrittori, la parola non equivoca del relatore della Commissione.

Per cominciare dall'articolo 701, esso è così formolato: *È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignorava i vizi.* Come si vede la redazione è quasi identica a quella dell'articolo 550 del Codice francese; identica pure alla francese è la dottrina che si è costruita in base a tale articolo, anzi si è riprodotta perfettamente la medesima dottrina francese. Ne siano di prova le seguenti parole del Pacifici-Mazzoni: « Il titolo figura nella presente materia come elemento della buona fede, e non già come condizione distinta da questa. Adunque la buona fede può aversi anche mediante il solo titolo putativo » (1). E finalmente, come suggello a tale dottrina, possono invocarsi le parole del senatore De Foresta nella sua relazione al Senato. « Si pretendeva », egli dice, « che se quando si tratta dell'usucapione sta bene che non si consideri in buona fede salvo chi possiede in virtù di un titolo abile a trasferire il dominio, di cui ignori i vizi, la stessa massima non possa applicarsi

(1) *Istituzioni,* vol. III, n. 188.

al possesso di colui, che invoca la buona fede all'effetto soltanto di esimersi dall'obbligo di restituire i frutti percepiti dalla cosa posseduta; e volevasi che fosse perciò in tal modo modificato l'articolo 663. Ma, checchè ne sia del dritto costituito e della relativa giurisprudenza, trattandosi ora *de jure constituendo*, la Commissione ha creduto che giustamente il contronotato articolo del progetto dispone senza alcuna distinzione che è possessore di buona fede solo colui che possiede in virtù di un titolo di cui ignori i vizi, imperciocchè non è mai possibile di riputare in buona fede quegli che possiede una cosa sapendo di non avere alcun titolo, val quanto dire alcuna ragione, per possederlo. Nè può rispondersi che possa egli aver trovata la cosa nel patrimonio del suo autore ignorando che questo la possedesse senza titolo od indebitamente; mentre appena occorre di osservare che in tal caso possederebbe almeno a titolo di erede o di legatario, ch'è pur titolo abile a trasferire il dominio. La disposizione altronde di quest'articolo è conforme a quella dell'articolo 550 del Codice civile francese e di tutti i Codici vigenti in Italia, compreso il Codice sardo; ed è a notarsi che tutti questi Codici definiscono il possessore di buona fede nello stesso modo là appunto dove trattasi dell'acquisto de' frutti raccolti dalla cosa posseduta. Per le stesse considerazioni non credeva la Commissione di poter accogliere la dimanda che pur facevasi, che nell'articolo 665 dopo le parole di *buona fede* fossero aggiunte le seguenti: *ancorchè mancante di titolo* » (1).

44. — Vorremmo sottoscriverci interamente alla opinione del Mazzoni, al concetto del De Foresta: sarebbe un omaggio reso all'esperienza ed all'autorità; ma un intimo convincimento, una profonda persuasione dell'animo ci addita la via perfettamente opposta. Messi in tale alternativa, amiamo meglio di errare pur di esprimere schiettamente le nostre

(1) *Relazione della Commissione del Senato* fatta dal senatore De Foresta sul libro II del Codice civile.

convinzioni. Non sappiamo però dissimularci la gravità dell'assunto che imprendiamo a sostenere: sarebbe questo il luogo di esclamare con Dante:

> Ma qui la morta poesia risurga,
> O sante muse.....
> E qui Calliopea alquanto surga.

Ma non vogliamo ricorrere ad invocazioni quando solo è tempo di addurre ragioni.

Se la opinione di uno scrittore, per quanto si voglia autorevole e rispettato, può benissimo non accettarsi, la parola sicura e precisa di un relatore del Codice è tale che, anche razionalmente inesatta, debbe sempre imporsi alla mente dell'interpetre, come quella che esprime e rivela immediatamente la volontà del legislatore. Questa obbiezione pregiudiziale la troviamo alla soglia della nostra disamina, e sarebbe veramente decisiva, laddove non poggiasse su un equivoco che è d'uopo dissipare, se vogliamo essere liberi nelle prime mosse.

Come nella formazione di tutti gli esseri in generale, così nella formazione dei Codici, non sono da confondersi gli elementi primitivi ed isolati che servono a costituirli, coll'intrecciarsi e l'organarsi di tali elementi, quando si trovano in contatto ed in relazione tra di loro. Nel primo momento l'essere non è ancora nato, perchè le condizioni della vita sono tuttavia disgregate e disperse; ma nel secondo momento, appena si avvicinano e si condizionano gli elementi che debbono costituirlo, nella loro risultante si determina la esistenza dell'essere. Questa grande legge della vita universale bisogna applicarla interamente alla vita dei Codici. I singoli articoli che li compongono, presi isolatamente, ne sono i frammenti; dal loro complesso si origina l'organismo della legislazione. Ciascun articolo del Codice contiene una quantità di forza e di attività propria, la quale poi, nel contatto colle altre disposizioni, limitando ed essendo limitata, si modifica in modo da assumere un valore organico risul-

tante dall'azione composta di esso e degli altri articoli che, uniti insieme, servono ad esprimere un concetto generale e complesso. I compilatori dei Codici possono benissimo ammettere o respingere una data disposizione, elaborarla in un modo e collocarla in un punto invece che in un altro; ed i loro intendimenti sono assai preziosi, per facilitare all'interpetre l'occulto significato delle parole legislative. Ma in ogni opera dell'uomo, se si è pienamente liberi nella scelta di una via invece di un'altra, non si può dopo, quando l'azione è compiuta e si è già esplicata in una data forma, impedire gli effetti, ovviare alle conseguenze, negare la forza degli eventi che ne sono il risultato. Alla libertà dell'operare succede la necessità dell'avvenire; l'uomo può operare, ma operando non ha più il potere di alterare o distruggere l'evento. Ha luogo questo perfettamente nella formazione delle leggi. I redattori delle medesime, per quanto abbiano potuto essere liberi nel momento della compilazione di accogliere l'uno invece dell'altro concetto, non hanno più la forza di distruggere od alterare, a loro libito, i rapporti e le attinenze giuridiche, che sono la conseguenza necessaria di quella serie di concetti contenuti nelle diverse disposizioni, le quali, secondo che siano unite e collocate in un modo piuttosto che in un altro, determinandosi e modificandosi a vicenda, conducono inesorabilmente, per virtù propria, ad effetti che formano la *mens legis* e non la *mens hominis*.

Ciò premesso, si è in grado di fissar bene il valore che debba attribuirsi alle dichiarazioni dei commissari, ai rapporti dei relatori delle leggi. La loro parola è sempre utile, spesso necessaria per disvelarci l'intimo lavorìo di preparazione che ha preceduto il nascimento di una legge, segnar le fasi della sua vita *intrauterina*, spiegare i motivi che ne resero necessaria l'esistenza. La volontà dei compilatori però non è da confondersi colla volontà della legge; la prima fu necessaria all'originarsi della seconda, ma dal momento che questa ebbe vita a sè, essa si emancipò da quella e divenne *compos sui*. La volontà della legge è nel com-

plesso delle disposizioni che la compongono, nella connessione degli articoli e dei concetti che ne sono il *substratum*; essa sola costituisce *la intenzione del legislatore* di cui ci parla l'art. 3 delle disposizioni preliminari. — Come di ogni cosa, così è della legge, che mentre prima si mostra l'effetto di una forza e di un' attività estranea, diviene poscia, quando ha vita a sè, causa generativa di effetti propri. Le dichiarazioni dei compilatori della legge riescono più autorevoli, in quanto, avendo assistito essi alla sua nascita, sono meglio in grado di conoscerne più da vicino i motivi che la determinano, gli elementi che la compongono, i germi di esplicazione che si nascondono entro le sue fibre. L'autorità adunque sta nella legge: coloro che ne parlano divengono più o meno autorevoli, secondochè riescano o no a ritrarla in tutta la sua pienezza. Non intendiamo con ciò di affermare che possa l'interpetre o il magistrato, secondo i casi, mettersi al posto del legislatore: tutto al contrario; noi vogliamo che la volontà della legge sia sottratta all' arbitrio degli interpetri e dei compilatori. Il legislatore non è la persona di colui che ha redatto la legge, ma è la legge stessa che, per virtù propria, regola e governa i rapporti giuridici devoluti alla sua giurisdizione; che trae le sue ispirazioni e le sue norme di condotta dai principî che l'hanno informata, dalle condizioni che la rendono attuosa, dalla logica che impera sovrana in ogni ramo del sapere, dal dritto di cui è l'espressione storica.

In ogni legge bisogna distinguere una doppia forza di attuazione, l'una apparente la quale consiste nel valore speciale ed isolato di ogni singola disposizione; l'altra latente la quale è riposta nel valore generale e complesso di tutte le disposizioni. La prima è resa chiara e manifesta dalla semplice parola, poichè è la *prima facies* della legge stessa; la seconda è mestieri trovarla nella connessione e nel legame logico delle disposizioni, le quali, limitandosi e determinandosi fra di loro, menano inesorabilmente ad effetti e a conseguenze inevitabili. Accade spesso che vi sia con-

trasto tra il significato apparente o grammaticale della legge ed il significato latente o logico della medesima, tra il valore singolo delle parti ed il valore organico del tutto. È mestieri in tal caso che il valore letterale ceda al valore logico, la forza e l'attività delle parti funzioni e si esplichi in armonia con quella dell' insieme. Allude a ciò nella sua famosa sentenza il giureconsulto Celso: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere* (1). Bisogna dunque vedere qual sia l' intenzione e la volontà della legge dal collocamento e dalla concatenazione delle parole e degli articoli che la compongono, dalla forza dinamica dei concetti che si trovano in gioco.

A questa regola non può sottrarsi nè l'interpetre, nè il compilatore: l'arbitrio non è permesso a nessuno, il rispetto della logica e della legge è il dovere di tutti. L' onorevole De Foresta non pose mente che, immutando le condizioni antecedenti ed aggiungendone delle nuove, non potevano serbarsi integri ed inalterati i rapporti giuridici che ne derivano. Egli confessa, anzi si mostra assai diligente nel costatare le innovazioni portate dal Codice italiano nella materia del possesso; ma poscia ha l'ingenua pretensione di affermare, che nessun mutamento di rilievo siasi recato su tale obbietto. Citiamole, che vale la pena, le sue parole: « Questo titolo », egli scrive parlando del possesso, « come abbiamo già detto più innanzi, non facendo che raccogliere quivi le varie disposizioni relative al possesso, che negli altri Codici sono sparse qua e là nei vari titoli del libro terzo, non ci è occorso di farvi alcuna sostanziale modificazione » (2). Se dobbiamo ammirarlo quando si dà la cura di segnalarci l' opera compiuta dai redattori del Codice italiano, non possiamo fare egualmente quando vuol pretendere che a nulla d' importante siano riuscite siffatte immutazioni.

(1) Fr. 24, *Dig.*, « De legibus », I, 3.
(2) *Relaz.* sopra cit.

Poste le premesse, le conseguenze sono inevitabili e s' impongono a tutti: la parola di un commissario o di un relatore, se ha il debito di rischiarare e porre in rilievo l' occulto intendimento della legge, non ha il potere di sconvolgere o di alterare, a suo talento, l' intimo significato ed il valore intrinseco risultante dalla logica delle disposizioni. Potrà in tal caso prestarsi alla sua il rispetto dovuto a qualunque opinione personale, ma non ha nessun dritto per presentarsi come l' espressione e la voce viva della legge. Saremmo tentati di esclamare col Troplong: *E poi giurate docilmente sulle parole dei signori oratori del Governo!* Ma stimiamo meglio di entrare in materia per vedere se abbiamo o no ragione di farci forti di una novità feconda di grandi risultati, che il Codice italiano ha, con tanta sapienza, inaugurato in questa parte così importante del possesso.

45. — Se grande è la divergenza delle opinioni per ispiegare l' origine storica del possesso in Roma, grandissimo è l' accordo nell' attribuire al pretore l' origine degli interdetti possessorî, e con essi il riconoscimento legale del possesso (1). Le dodici tavole non riconobbero il possesso distinto dalla proprietà. « Nel primo momento in cui proprietà e possesso sono tutt' uno nell' ordine dei fatti ed in quello delle idee, non sono nè possono esservi che azioni vindicatorie, esercitate con atti effettivi e simbolici di occupazione e di possesso » (2). La prima volta che il dritto romano pare abbia voluto tener conto del possesso, facendolo obbietto di disposizione giudiziaria, si è nell' antico processo di vindicazione mediante il conferimento delle *vindiciae*. Ma in tale occasione esso non è che uno stato provvisorio finchè si decida la quistione della proprietà; onde può dirsi benissimo che, col conferimento delle *vindiciae*, il posses-

(1) NIEBUHR, *Storia romana*, vol. II, pag. 179; SAVIGNY, op. cit., sez. 1ª, § 12, pag. 162; JHERING, op. cit., cap. VII, pag. 58.

(2) SCIALOJA, op. e vol. cit., n. 637.

sorio è semplicemente un appendice del petitorio; e che in quel tempo non è ancora sorta la nozione del possesso, come qualcosa che ha vita da sè, e che merita perciò di essere rispettata e protetta. Il possesso come tale vien riconosciuto e garantito dall'editto del pretore; ed è un istituto il quale, sorto per virtù di bisogni e di necessità sociali non prima avvertite, viene, mano mano formandosi, ad imporsi finalmente al rispetto dei legislatori. Esso non poteva avvisarsi che come un' usurpazione secondo il concetto delle dodici tavole: la sua esistenza legale implicava la negazione del *jus strictum quiritarium*. Era quindi mestieri che il pretore, facendo uso del suo provvido ufficio moderatore, riconoscesse questo istituto il quale, non potendo noverarsi tra quelli che traevano direttamente origine dalle dodici tavole, e che perciò avevano un fondamento civile, doveva necessariamente trovare la sua giustificazione e la sua base nel principio di equità.

Il possesso, adunque, trova la genesi del suo riconoscimento legale nell'editto del pretore, le norme regolatrici delle sue funzioni nel principio di equità. Esso è un istituto che, venendo su *rebus ipsis dictantibus*, ha in sè la forza di farsi proteggere dal legislatore; ma non ha ancora quella, per la sua dubbia origine, di farsi riconoscere, come la espressione verace di un dritto, dalla legge. Affrancarsi dall'impero dell'equità per passare sotto quello della legge, elevarsi dallo stato di fatto a quello di dritto, è tutta la storia ideale del possesso.

Nel suo primo apparire, esso è devoluto interamente all'arbitrio ed alla discrezione del pretore; questi di fatti ha il potere assoluto di concedere le *vindiciae* a qualunque delle parti contendenti, senza che abbia d'altra parte l'obbligo di investigare a quale di esse appartenga veramente il possesso. Dalle *vindiciae* si passa all'*interdictum*, dalla concessione arbitraria del possesso alla investigazione ordinata del medesimo: la sua origine, è vero, si confonde e s'immedesima nel fatto, ma è mestieri che abbia certe con-

dizioni di dritto perchè possa venire riconosciuto e protetto. Quanto all'usucapione, il possesso non potè sulle prime che produrre l'effetto di trasformare la proprietà bonitaria in proprietà quiritaria: altro effetto non permetteva la legge delle dodici tavole. Pure col tempo servì anche a produrre l'acquisto della proprietà altrui; l'*usus-auctoritas* del dritto decemvirale si tramuta nell'*usucapio* del dritto pretorio. Così il possesso fece un passo importantissimo col divenire una delle sorgenti della proprietà, ma le condizioni della sua esistenza dovettero modificarsi di gran lunga perchè servisse a tale ufficio: il fatto doveva racchiudere in sè tutte le condizioni del dritto, acciò il possesso avesse l'efficacia di trasferire il dominio della cosa altrui. — Nelle *vindiciae* adunque il possesso è puro fatto, ed il pretore è arbitro assoluto di accordarlo all'una invece che all'altra delle parti; nell'*interdictum* esso può presentarsi ancora coi caratteri del fatto riguardo alla sua origine, ma vi hanno certe condizioni di dritto assolutamente indispensabili, perchè il possessore abbia la facoltà di chiedere l'interdetto ed il pretore l'obbligo di accordarlo: *Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet* (1). Nell'*usucapio* infine, se il possesso può dirsi fatto, inquantochè il dritto permane tuttavia nel proprietario, esso nondimeno ha tutti i caratteri e tutte le condizioni perchè il dritto si costituisca nella sua pienezza; si richiedeva, difatti, il *commercium* nell'acquirente, il *commercium* nella cosa, la *continuitas possessionis*, la *justa causa possessionis*.

Nel possesso di buona fede si mostra assai scolpito il predominio del fatto o del dritto secondochè miri all'effetto della percezione dei frutti od anche a quello della prescrizione. Nel primo caso i temperamenti di equità prevalgono sul rigore del dritto, nel secondo la severità del dritto si impone sulle misure di equità: nell'uno la buona fede per-

(1) Fr. 2, *Dig.*, « Uti poss. », XLIII, 17.

sonale è condizione e limite per l'acquisto dei frutti, la *mala fides superveniens nocet*, il *vitium auctoris* non offende l'erede; nell'altro, l'efficacia della buona fede dipende, meno dal convincimento personale del possessore, che dall'adempimento di certe condizioni legali, la *mala fides superveniens non nocet*, il *vitium auctoris* si comunica all'erede. In ambo i casi, però, il titolo putativo è atto a costituire il possesso di buona fede.

Il dritto canonico, malgrado abbia dato il di sopra all'elemento morale sull'elemento legale nell'ordinamento delle misure possessorie, pure non disconobbe quelle condizioni fondamentali consacrate dal dritto romano anche nei casi di spoglio, negando l'uso della *reintegranda* ai semplici detentori. *Non sufficit probare quod quis fuerit spoliatus, nisi probet se possedisse; duo enim probare debet qui petit restitui: se possedisse, et spoliatum fuisse* (1). Quanto al possesso di buona fede, però, servisse alla prescrizione, servisse alla semplice percezione dei frutti, ne fece dipendere ogni efficacia dalla coscienza di colui che possiede. *Qui praescribit debet in nulla temporis parte habere rei conscientiam alienae.*

Durante il lungo periodo che s'interpone tra l'evo romano e l'evo moderno, il dritto canonico, il dritto feudale ed il dritto romano si divisero il campo della legislazione. Dalla fusione di tali elementi sorge il dritto moderno. Esso rappresenta l'emanciparsi della legislazione dai simboli e dalle finzioni del dritto romano, dai vincoli e dalle restrizioni del dritto feudale e municipale, dall'asservimento alla morale del dritto ecclesiastico. La Francia diede l'esempio della prima codificazione del dritto moderno. Il Codice francese aveva una grande missione da compiere, quella di costituire la legislazione autonoma dalla morale senza renderla nemica, di rinunziare al dominio della intenzione

(1) Vedi il *Corpus juris canonici* di GIBERT, vol. III, sect. 9ª, pagina 222.

quand' essa non siasi esplicata nel campo dell'azione. La materia del possesso, sì per la sua origine storica, sì per l' essenza stessa della sua natura , è tale da non delinear bene i limiti che debbano separare l' impero del legislatore da quello del moralista. Il Codice francese, se non potè interamente risolvere questo grave problema, cominciò dal porgerne i dati allorchè, ritornando al dritto romano, sottrasse la prescrizione all' arbitrio delle indagini di coscienza. E fu anche più rigido del dritto romano, poichè, bandendo ogni temperamento di equità, fece omaggio pienissimo alle regole di dritto, col richiedere per la formazione della buona fede la condizione di un titolo reale (art. 2265), ed esente da qualunque vizio anche di forma (art. 2267); e dato il titolo, coll' elevarne la presunzione sino a prova contraria (art. 2268); col disporre infine che la buona fede non cessa per la sopravvennta conoscenza dei vizi del titolo, laddove non possa provarsi nei modi legali la cessazione della medesima (articolo 2269).

Siffatto rigore però, se può dirsi un gran passo verso i principî, servì d' altra parte a rendere più grave e più accentuata, nel Codice francese, la contraddizione tra il possesso di buona fede relativo alla prescrizione della proprietà e quello relativo alla percezione dei frutti; poichè mentre l' uno ubbidisce alle regole di dritto, l' altro rimane ancora allo stato di fatto soggetto solo alle regole di equità. I Codici dei vari Stati italiani, chi più chi meno, riprodussero tutti le medesime disposizioni del Codice francese. Le leggi delle Due Sicilie vollero apportare una modificazione al Codice francese riguardo alla percezione dei frutti, col richiedere, per far cessare la buona fede nel possessore, la necessità della *dimanda del proprietario anche in conciliazione* (art. 475). Il Codice albertino, ancor più esplicito, richiese come condizione essenziale alla cessazione della buona fede la dimanda giudiziale (art. 453).

46. — Tale era lo stato della legislazione prima del Codice italiano. Il Codice napoleonico, se aveva segnato un gran

progresso nel ridurre il possesso relativo alla prescrizione sotto l'impero del puro dritto, offriva tuttavolta un'anomalia assai rilevante, abbandonando quello relativo alla percezione dei frutti nello stato di puro fatto. Il Codice delle Due Sicilie prima, e meglio poscia il Codice albertino volle introdurvi l' elemento legale colla necessità della dimanda giudiziale per la cessazione della buona fede. Si faceva con ciò un passo innanzi nel rigore del dritto, ma si faceva pure un passo indietro in quello della logica; perocchè, mentre la prova legale veniva richiesta per la cessazione della buona fede, essa, coll' ammettersi il titolo putativo, non si reputava necessaria per la formazione della medesima. Metter fine a siffatto dissidio, col riporre egualmente sotto l'impero degli stessi principî di dritto l' una e l' altra forma di possesso di buona fede, così nella loro formazione come nella loro cessazione, fondendoli entrambi nel medesimo concetto giuridico, del quale si mostrano espressione diversa sol per l' azione modificatrice del tempo, senza esser d' uopo di ricorrere all' equità per governarne l' efficacia, e di affidarsi interamente all' arbitrio del magistrato per trarre dal fatto, secondo il suo mobile criterio, i motivi di un semplice convincimento, era il còmpito del Codice italiano. Questo còmpito possiamo affermare che è stato raggiunto. Dal momento in cui tutte le disposizioni relative alla materia del possesso si sono raccolte in un sol titolo, unico è il principio che deve governarlo nelle sue molteplici manifestazioni. Questo che per altri, se non passa inosservato, può sembrare improduttivo di conseguenze importanti, ha per noi un alto significato giuridico.

Nelle legislazioni anteriori al Codice italiano, della percezione dei frutti si parlava solamente nel titolo della proprietà, e precisamente in quella parte dove si tratta del dritto di accessione su ciò che è prodotto dalla cosa, per consacrare in essa un' eccezione al principio, che i frutti della cosa appartengano interamente al proprietario. Del possesso si teneva conto solo nel titolo della prescrizione: le disposi-

zioni concernenti il principio, la durata e la fine del possesso di buona fede, trovandosi allogate immediatamente dopo l'articolo che tratta della prescrizione di dieci anni, non potevano applicarsi alla percezione dei frutti. Era questa, adunque, una materia sottratta all'impero delle leggi comuni; la quale, per ciò che non stava detto nel Codice, doveva trarre le sue norme di condotta dal principio di equità. La contraddizione era evidente, ma era nella legge.

Nel Codice italiano è avvenuto che tutte le disposizioni, le quali negli altri Codici si riferivano esclusivamente alla prescrizione, come quella che sola trovavasi soggetta alle regole di dritto, sono passate nel titolo del possesso, e proprio immediatamente dopo l'articolo 701. Nel titolo della prescrizione non si trova che l'articolo 2137, il quale solo stabilisce il principio, che chiunque acquisti in buona fede un immobile o un dritto reale sopra un immobile possa, col decorso di dieci anni, prescriverne a suo favore la proprietà. Del modo come si generi, duri ed abbia termine la buona fede del possessore, nulla si dice in questo articolo: le regole di ciò stanno nel titolo del possesso, ed è quivi che bisogna attingerle quando si porge il caso di doverne fare l'applicazione. È dunque unico il principio che governa l'una e l'altra forma del possesso di buona fede, se comuni sono le norme che regolano tutta la loro esplicazione giuridica. Basterebbe questa semplice considerazione, per doversi respingere la dottrina dei titoli putativi dal Codice italiano; per affermare con sicurezza che sia cessato il dualismo, tanto deplorevole negli altri Codici, tra il possesso di buona fede relativo alla percezione dei frutti e quello relativo alla prescrizione. Ma non sarebbe così adempiuto interamente il debito nostro: bisogna scendere ad un esame più particolareggiato e più minuto per poter screditare una dottrina, la quale, più che dai principî del novello Codice, trae la sua forza dai principî, entrati in abitudine, dei Codici aboliti.

47. — Non si trova pertanto quella diversità di locuzione

tra l' articolo 701 e l' articolo 2137 del Codice italiano (1), corrispondenti agli articoli 550 e 2265 del Codice napoleonico, che tanto s' impose alla mente degli scrittori francesi, per indurli a sostenere la diversità del principio informatore delle due disposizioni. Il Codice napoleonico nell' articolo 550 fa del titolo un semplice elemento della buona fede, che è l'unica condizione necessaria per poter pretendere all'acquisto dei frutti; mentre nell'articolo 2265 richiede espressamente l' esistenza di due condizioni distinte per poter prescrivere: la buona fede e il giusto titolo. In ambo gli articoli citati del Codice italiano, al contrario, si adopera un' espressione perfettamente identica: *in forza di un titolo;* ed il titolo si presenta sempre come causa generatrice della buona fede nel possessore: non può annettersi quindi al medesimo un valore ed una efficacia giuridica diversa, secondochè si tratti dell' uno o dell' altro caso. Estendere l' applicazione dei titoli putativi alla prescrizione sarebbe un anacronismo ed un' assurdità; eliminarli interamente, anche dalla percezione dei frutti, è un omaggio reso ai principî rigorosi del dritto ed ai veri progressi della scienza.

Ed è notevole ancora che, mentre l' articolo 2265 del Codice napoleonico richiede un *juste titre,* val quanto dire un titolo traslativo di proprietà, l' articolo 2137 del Codice italiano non altro richiede che un titolo *debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma.* Vedremo in seguito il motivo, per cui solo in questo articolo si addimandi la trascrizione del titolo, come pure ciò che debba intendersi per vizî di forma, i quali, facendo solamente osta-

(1) Art. 701. È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi.

Art. 2137. Chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione.

colo alla prescrizione, non ostano per nulla all' effetto della percezione dei frutti. Una cosa per ora ci preme di porre in rilievo: quella, cioè, che non determinandosi dall'articolo 2137 qual debba essere il titolo atto a produrre la prescrizione di dieci anni, è mestieri ricorrere anche all'art. 701, per sapere che si tratta di un *titolo abile a trasferire il dominio.* L' art. 701, adunque, non pure possiede una locuzione, quanto al titolo, perfettamente identica a quella dell' art. 2137, ma serve inoltre a specificare la natura di siffatto titolo, perchè possa condurre all' effetto così della percezione dei frutti come della prescrizione della proprietà. Esso non ha, come negli altri Codici, dove si mostra qual disposizione speciale ed isolata, adoperata per esprimere e regolare un caso speciale, la sola virtù di porgere la nozione del possessore di buona fede per ciò che riguarda la semplice percezione dei frutti; ma è da considerarsi ancora nel Codice italiano, trovandosi nel titolo generale del possesso, come l' articolo tipico che dà la definizione generica del possessore di buona fede, alla quale deve farsi sempre ricorso qualunque sia il caso che si voglia risolvere. Nei singoli casi difatti (articoli 41, 707, 933), dove occorre di far produrre certi effetti al possesso di buona fede, il Codice suppone sempre stabilita la nozione del medesimo; limitandosi semplicemente, come nell' art. 707, ad aggiungervi qualche nuovo elemento, necessario per precisare il rapporto giuridico di cui si tratta. Lo stesso ha luogo nell' art. 2137, dove intanto si parla di titolo, in quanto la legge, oltre le condizioni richieste nell' art. 701, richiede altresì ch' esso sia trascritto e che non sia nullo per difetto di forma. Quanto alle condizioni fondamentali però costitutive del possesso di buona fede, le quali sono necessarie in tutti i casi, cioè *un titolo abile a trasferire il dominio e l' ignoranza dei vizi che offendono il titolo,* nulla esso dice: onde sarebbe evidentemente incompleto se non trovasse il suo logico e natural complemento nelle condizioni che, in modo del tutto generico, sono enunciate nell'art. 701.

Un' altra considerazione ci sembra assai decisiva su tale

argomento. In tutti gli altri Codici dove, come poco innanzi si è fatto rilevare, gli articoli relativi alla percezione dei frutti trovano il loro posto opportuno nel titolo della proprietà, e precisamente dove si tratta del dritto di accessione sui prodotti della cosa, si scorge una giacitura diversa da quella stabilita dal Codice italiano, che gli ha collocati nel titolo generale del possesso. In quelli, difatti (1), all'articolo precedente, il quale consacra la regola assoluta che i prodotti della cosa appartengono al proprietario, si fa immediatamente seguire, in via di eccezione, l' articolo che afferma come nel caso di buona fede i frutti della cosa si acquistino invece dal possessore. Dopo questo viene l' articolo che porge la nozione del possessore di buona fede. Da ciò risulta chiarissimo come tale nozione abbia un'efficacia soltanto limitata al possesso di buona fede relativo alla percezione dei frutti, essendo determinata dalla necessità di chiarire l'articolo precedente. Nel Codice italiano, al contrario, l' articolo che porge la definizione del possessore di buona fede (art. 701) si trova il primo, e dopo di esso viene immediatamente l' articolo che stabilisce la presunzione e la durata della buona fede (art. 702); non è che a questo che tien dietro la disposizione dell' articolo 703, diretta a consacrare il principio che il possessore di buona fede fa suoi i frutti. Siffatta inversione nel collocamento della disposizione del Codice resterebbe inesplicabile se non fosse nella mente del legislatore l' idea di dare, coll' articolo 701, una definizione generale del possessore di buona fede; e di determinare nell' arti-

(1) Nel Codice napoleonico, l' art. 549 dichiara che il possessore di buona fede fa suoi i frutti della cosa posseduta, e l' art. 550 definisce chi debba reputarsi possessore di buona fede. Egualmente nel Codice delle Due Sicilie, l' art. 474 corrisponde al 549 del Codice francese, l'articolo 475 al 550 del medesimo. Così pure, nel Codice albertino, precede l' art. 453 il quale dispone che il possessore di buona fede acquista i frutti della cosa posseduta; succede indi l' art. 454 che dà la definizione del possessore di buona fede. Lo stesso ha luogo nel Codice parmense, nell' estense, ecc.

colo 703 uno dei casi in cui - come riguardo al possessore dei beni dell'assente, al possessore di mobili ed al possessore ereditario - si producono certi effetti giuridici a pro del possessore di buona fede. Non esiste, adunque, nel Codice italiano, come nelle legislazioni precedenti, quel dualismo e quella contraddizione, tanto deplorata, tra la percezione dei frutti e la prescrizione della proprietà. Così l'articolo 703, come l'articolo 2137, per ciò che non possa esservi di esclusivo a ciascuno di essi, traggono entrambi la loro efficacia informatrice dagli articoli 701 e 702. Bisogna quindi da questi, come da disposizioni generiche, cavare le condizioni necessarie a costituire il possesso di buona fede, serva esso alla percezione dei frutti, alla prescrizione della proprietà od a qualunque altro effetto giuridico determinato dalla legge.

48. — L'articolo 2137, adunque, lungi dal trovarsi in contrasto coll'articolo 701, ha bisogno di questo per attingervi le condizioni fondamentali costitutive del possesso di buona fede; come pure dell'articolo 702 per attingervi le regole che determinano il sorgere e il mantenersi della buona fede nel possessore. Son queste le due disposizioni del Codice, che contengono tutta una teorica generale sul possesso di buona fede: esaminiamole un poco da vicino, e proviamoci a penetrare l'intimo concetto legislativo come ci sarà fatto palese, più che dallo studio isolato, dallo studio connesso ed organico delle medesime, per vedere se possa conciliarsi con esse la dottrina dei titoli putativi.

L'articolo 701 del Codice italiano si porge a primo aspetto come la riproduzione precisa dell'articolo 550 del Codice francese, il quale fu riprodotto perfettamente da tutti quasi i Codici dei varî Stati aboliti che trassero dal francese la loro ispirazione. Pure ci siamo studiati di porre in rilievo come il concetto giuridico di tale disposizione, nel Codice napoleonico, debba ricavarsi dal valore complesso della prima parte congiunta al capoverso della medesima; e come, dal confronto delle disposizioni relative alla perce-

zione dei frutti con quelle relative alla prescrizione, spicchi assai chiara la diversità dei principî consacrati dal legislatore francese nelle due istituzioni. Se dovesse starsi al significato letterale delle parole, la teorica dei titoli putativi dovrebbe respingersi, non pure dal Codice francese, ma dal dritto romano eziandio; poichè quello reclama un *titre translatif*, questo una *justa causa*, per denotare il principio generatore della buona fede. Ciò non ostante, l'uno riconobbe implicitamente nei titoli putativi l'efficacia di produrre la buona fede nel possessore, l'altro la riconobbe esplicitamente. Il Laurent ha voluto fare assegnamento, per combattere la dottrina dei titoli putativi, sul significato letterale dell'articolo 550 del Codice napoleonico; ma non ha ragione. Sarebbe una brutta velleità la nostra, se volessimo ritentare coi medesimi argomenti una dimostrazione, che può dirsi fallita all'insigne giureconsulto. Non potrebbe la medesima disposizione del Codice francese, sol perchè passata nel Codice italiano, rappresentare un concetto giuridico diverso, laddove, per alcun segno, per alcun indizio sicuro, non fosse fatta palese la mutata volontà legislativa. Se veramente un principio nuovo è stato sancito dal Codice italiano, esso mal potrà accordarsi con un linguaggio vecchio: e allora, o la novità non è avvenuta, o alla novità nel concetto risponde pure la novità nella parola.

Ci è occorso di dire innanzi, che due opposti sistemi si sono contesi il campo della legislazione nella materia del possesso: il sistema di fatto e quello di dritto. Il primo è il sistema delle origini, e mette a base delle sue misure di favore la esistenza della buona fede come realtà effettiva, e diremmo quasi materiale, nell'animo del possessore; ricorre bensì a certi criteri esterni, ma per esplorare meglio l'intimità e l'onestà della coscienza di colui che possiede: la morale prende il luogo del dritto; ed il magistrato, poichè la legge tace, si regola secondo il suo convincimento nel riconoscere o no la buona fede del possessore, così nel suo primo apparire come in qualunque momento della sua du-

rata. La buona fede personale, adunque, purchè seria e leale, è in questo sistema la condizione e il limite del beneflzio consentito dalla legge: il magistrato ne è l'arbitrio e il moderatore. Il secondo sistema poi risponde ad un grado più avanzato del senso giuridico; con esso la legislazione si affranca dal dominio della morale e dall'arbitrio del magistrato, ed il dritto rientra nell'orbita della sua giurisdizione. La buona fede non si cerca più nell'occulta coscienza del possessore, ma si argomenta bensì dall'osservanza completa di quelle condizioni di dritto che sogliono comunemente originarla; il magistrato è tenuto a riconoscerla quando le condizioni richieste dalla legge sono state adempiute. Così alla coscienza morale si sostituisce la coscienza legale; e questa si determina appena si compiano quei fatti esteriori, nei quali la legge suol ravvisare l'impronta di una condotta onesta e giuridicamente inappuntabile. L'animo del possessore resta inesplorato: la sua buona fede legale, come ha bisogno di un fatto positivo e giuridicamente efficace perchè abbia principio dinanzi alla legge, così ha mestieri di un fatto di pari efficacia giuridica perchè si ritenga onninamente cessata: nel tempo intermedio essa continua, non potendo, nè dovendo spiarsi dal legislatore gl'interni mutamenti che siano per avventura sopravvenuti nella coscienza del possessore. Di questi due sistemi, quello di fatto, sì per necessità storica, sì per la natura stessa del rapporto giuridico che viene a costituirsi, è stato, come si è visto, il primo ad apparire: quello di dritto non sorse che quando, col mutarsi delle condizioni storiche, potè meglio determinarsi il concetto giuridico del possesso di buona fede; ed esso si affermò prima nel campo della prescrizione, dove più rilevanti sono gli effetti giuridici che debbono prodursi. Estenderlo anche alla percezione dei frutti era un voto della scienza e questo voto è stato adempiuto dal Codice italiano.

49. — Abbiamo dimostrato, nei numeri precedenti, come le regole fondamentali che governano il possesso di buona fede, in tutte le sue forme ed in tutte le fasi della sua

esplicazione, trovansi dal legislatore italiano consacrate negli articoli 701 e 702; mentre negli altri Codici si adoperano disposizioni e criteri diversi, ed in luoghi separati, secondochè si tratti dell' effetto della prescrizione o di quello della semplice percezione dei frutti. Ci è d' uopo quindi studiarle, collegate fra di loro, siffatte due disposizioni del Codice italiano, per vedere se sia mestieri di un titolo reale traslativo di proprietà, perchè si ponga in essere il rapporto giuridico del possesso di buona fede, ovvero basti il semplice titolo putativo a farne le veci.

L' articolo 701 dichiara che *è possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio.* Il titolo putativo non è un titolo abile a trasferire il dominio ma è bensì l' assenza e la negazione del titolo. Questo argomento è del Laurent (1): esso, come si è visto, non basta da solo ad espellere la dottrina dei titoli putativi; poichè il concetto della legge si determina non dal valore speciale di una disposizione, ma dal valore organico di tutte le disposizioni che regolano la materia. Portiamo, dunque, più addentro il nostro esame.

Alla disposizione dell'articolo 701 segue immediatamente quella dell'articolo 702, dove si dice: *La buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne la prova.* Questa disposizione serve mirabilmente a segnare il tratto e a scolpire il rilievo del sistema seguìto dal Codice italiano; poichè determina con precisione il valore della frase *titolo abile a trasferire il dominio,* adoperata nell' articolo precedente. Essa, tanto nel Codice francese quanto negli altri Codici aboliti, trovasi collocata nel titolo della prescrizione, dove, richiedendosi di necessità il titolo reale di traslazione,

(1) Op. e vol. cit. VI, n. 209. « On entend par titre putatif un titre qui n'existe réellement pas, mais que le possesseur croit exister. Ce titre suffit-il pour l'acquisition des fruits? Non, car un titre putatif n'est pas un titre vicié, c'est l'absence d'un titre; or, quand il n'y a pas de titre, il ne pourrait y avoir bonne foi dans le sens légal du mot. Le texte de l'article 550 repousse le titre putatif ».

viene a consacrarsi pienamente il sistema di dritto (1); per la percezione dei frutti si segue il sistema di fatto, e la presunzione non ha punto luogo. Sarebbe questo il più bello argomento per dire che, dove si mostra la presunzione legale, non può esservi posto pei titoli putativi, che sono l'espressione del principio opposto a quello che informa e giustifica l'apparire delle presunzioni: ma qual è il valore di una presunzione legale, e che che cosa essa rappresenta?

Secondo il sistema di fatto, che è quello sancito dal Codice napoleonico e dagli altri Codici dei vari Stati italiani per la percezione dei frutti, è tutta una indagine psicologica che deve imprendersi dal magistrato per accertare se il possessore, ignorando realmente i vizi del suo acquisto, si reputi davvero proprietario effettivo della cosa posseduta: il titolo è un elemento di probabilità ed una guida che l'accompagna nella dubbia ricerca; ma l'esistenza reale del medesimo non l'esime dall'obbligo d'indagare ulteriormente, se esso sia l'espressione verace di una coscienza irreprensibile ed onesta. La legge non s'incarica del titolo che come di un segno certo, che attesti essere il risultato serio del fatto altrui l'opinione di proprietà generatasi nel possessore: sia reale o putativo il titolo, importa lo stesso; poichè è sempre il magistrato che deve convincersi della buona fede effettiva del possessore. Coll'articolo 702 del Codice italiano è il principio opposto che si afferma, elevandosi una presunzione legale di buona fede nel possessore. — Perchè si presuma è mestieri che si abbia una ragion di presumere; ragione seria, onesta, intelligente. Siffatta ragione o motivo giuridico non può consistere che nella piena ed esatta osservanza della legge: è solo allora che si ha una prova legale sicura di serietà, di onestà, di avvedutezza; perchè, non potendo farsi

(1) Codice napoleonico, art 2268. « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».

Codice delle Due Sicilie, art. 2174. « La buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve somministrarne le prove ».

alcun rimprovero alla condotta del possessore, debba necessariamente darsi luogo ad una presunzione di buona fede. La legge non può dirsi osservata se il possessore non ha un titolo effettivo di trasferimento, solo dal quale si origina legalmente la giusta opinione di essere divenuto proprietario: come un titolo putativo non basta per far acquistare realmente il dominio nel rapporto col vero proprietario, così, molto meno deve bastare per far sorgere la coscienza di proprietà nel rapporto col proprietario apparente. Allorquando il titolo effettivo di traslazione non esiste, se può elevarsi una presunzione riguardo al possessore, non è che quella di essere un usurpatore; ed è da reputarsi tale di fatti finchè non mostri, nel titolo reale di trasferimento, la giustificazione legale della sua coscienza di proprietario. Solo allora può darsi luogo ad una presunzione che, mettendo radice nell'esatto adempimento delle prescrizioni della legge, è certa guarentigia di un convincimento serio ed onesto nell'animo di chi possiede. Gli altri Codici, sulle orme del francese, stabiliscono tale presunzione solo per la prescrizione, dove condizione indispensabile alla buona fede del possessore è il titolo reale di trasferimento: il Codice italiano la stabilisce dove si tratta di formolare le regole generali sul possesso di buona fede e tace nella prescrizione. È segno evidente questo ch' esso richiede inesorabilmente un titolo effettivo di traslazione perchè si origini la buona fede nel possessore, qualunque sia l'effetto che è destinata a produrre.

Le presunzioni legali sono la più alta espressione del sistema legale; e questo rappresenta l'affermarsi del dritto così dinanzi alla morale, come dinanzi all'arbitrio del magistrato. Quando la legislazione, riacquistando la coscienza del proprio limite, comprende ch'essa non può penetrare nel campo chiuso dell'intenzione, se questa non si estrinseca nel campo dell'azione, e non oltre i confini di tale estrinsecamento, sorge il bisogno dello prove legali; e, con esse, qual necessario complemento, quello delle presunzioni. La

presunzione legale non è possibile giuridicamente senza la esistenza reale di quel complesso di condizioni, richieste dalla legge per mettersi in essere un rapporto di dritto e di obbligazione: un titolo apparente, sol perchè tale, non pure non dà luogo ad una presunzione, ma se debba darlo, non lo è che alla presunzione opposta; onde bisogna provare quel che si dovrebbe presumere. Non è possibile, adunque, conciliare l'esistenza delle presunzioni con quella dei titoli putativi; poichè rappresentano l'antitesi di due opposti sistemi. Il titolo putativo di fatti è indizio e principio di un esame intimo, psicologico, che deve ancora farsi dal magistrato; è il primo grado di una indagine che s'inizia con esso, ma che deve compiersi malgrado di esso. La presunzione, al contrario, è l'equivalente di tale indagine che offende la coscienza e non salva la verità; essa tiene il luogo dell'esame e ne fa le veci.

La coesistenza adunque dei titoli putativi e delle presunzioni legali sarebbe un assurdo, ma sarebbe pure una ingiustizia; poichè si accetterebbe quanto vi ha d'incompleto e di difettoso nei due opposti sistemi, senza potersi avere, di rincontro, quanto in ciascuno di essi serve a compensarne i difetti, a correggerne le imperfezioni. Nel sistema di fatto invero il titolo putativo basta, in quanto si ha la guarentigia sicura di una indagine posteriore che confermi o neghi la buona fede del possessore: nel sistema di dritto, al contrario, in tanto può elevarsi una presunzione legale di buona fede, in quanto si ha una guarentigia legale della medesima nell'esistenza effettiva del titolo, che deve servire di fondamento e di *substrato* a tale presunzione. La presunzione legale dell'articolo 702 si mostra perciò, come la più fiera condanna dei titoli putativi che si vorrebbero accreditare all'ombra dell'articolo 701; ma vediamo ancora se altro argomento alla nostra opinione fornisce lo studio comparato di tali due disposizioni.

50. — Nel capoverso dell'articolo 702 troviamo scritto: *Basta che la buona fede vi sia stata al tempo dell'acquisto.*

Questa stessa proposizione, e negli stessi termini, forma nel Codice francese l'obbietto di una disposizione separata (art. 2269 Cod. nap.), ma nel titolo della prescrizione. Quanto alla percezione dei frutti, vi è invece il capoverso dell'articolo 550, dove si dice che il possessore cessa di essere di buona fede dal momento che gli son noti i vizi del titolo. Senza che sia d'uopo ripetere il solito ritornello, che cioè la soppressione, nell'articolo 701 del Codice italiano, di ciò che forma il capoverso dell'articolo 550 del Codice francese, ed il traslatamento nel titolo generale del possesso, dove si tratta di dare le regole del possesso di buona fede, di una disposizione che in quest'ultimo ha posto acconcio nel titolo della prescrizione, senza che in questa si faccia più motto di nulla; sarebbe la più splendida affermazione che il legislatore italiano abbia voluto consacrare, in modo assoluto ed in ogni espressione del possesso di buona fede, quegli stessi principî che il Codice francese stabilisce semplicemente pel solo effetto della prescrizione. È bene però di valutare l'importanza di tale innovazione, e di comprenderne il significato.

Ogni singolo articolo del Codice, ogni singola parte di un articolo, ogni singola parola di un articolo o di un capoverso, concorrono tutti ad esprimere i diversi lati, i diversi momenti, le diverse esplicazioni del medesimo concetto legislativo. Generati nell'ordine logico divengono generanti nell'ordine cronologico; poichè servono a farci ricostruire, mediante la loro connessione organica, quel concetto unico che si mostra spezzato nelle varie disposizioni e nelle varie parti costitutive di ogni disposizione. Come le presunzioni legali non possono conciliarsi coi titoli putativi per l'antitesi stessa dei principî che rappresentano; così può dirsi che la massima sancita nel capoverso in esame, cioè che la *mala fides superveniens non nocet,* faccia pieno contrapposto ai medesimi. È un'altra conseguenza ed una nuova conferma del medesimo sistema. Se per elevarsi la presunzione di buona fede è mestieri, come

condizione indispensabile, dell'esistenza reale di un titolo di trasferimento; e, data la presunzione, si richiede la prova contraria, perchè sia dimostrata la mala fede del possessore; ne viene logica ed inevitabile la conseguenza che, quando la presunzione della buona fede originaria del possessore si regge contro gli attacchi di mala fede fatti dal proprietario, od essa non viene attaccata menomamente perchè si riconosce che la presunzione rifletta in tutta la sua pienezza lo stato interno del possessore, non possa questo reputarsi cessato, a causa della sopravvenuta conoscenza dei vizi del titolo, nell'animo del possessore. La legge ha voluto evitare d'impegnarsi in vane ed arbitrarie indagini di coscienza, la quale è un campo chiuso per essa, quando non venga costatata mediante quegli atti e quelle forme esteriori, che sogliono comunemente adoperarsi per produrre determinati effetti giuridici. Come il titolo effettivo di traslazione rappresenta la causa generatrice della buona fede nel possessore e la prova della medesima; così è mestieri di un altro titolo, di pari efficacia giuridica, il quale sia causa e prova ad un punto della cessazione della buona fede. Son questi i due termini ch'esprimono il principio e la fine della coscienza legale: ogni altro fatto, ogni altra causa, che non sia di quelle riconosciute dalla legge, qualunque siano la sua efficacia effettiva ed i mutamenti reali che possa apportare nell'animo del possessore, rimane destituita di importanza giuridica; e la buona fede si considera continuata finchè non venga, nelle forme legali, provata la cessazione della medesima.

Questo stesso principio vien meglio confermato dalla disposizione dell'articolo 701; il quale, per quanto possa sembrare a prima giunta la riproduzione precisa del corrispondente articolo 550 del Codice francese, contiene tuttavia una novità che, sebbene passi comunemente inosservata, ha pure un significato importante nell'ordine dei concetti che si vogliono esprimere dal legislatore italiano. Tutti gli altri Codici, sulle orme del francese, dopo aver detto che è pos-

sessore di buona fede colui che possiede in virtù di un titolo traslativo di proprietà, soggiungono: *del quale ignora i vizi;* il Codice italiano invece adopera la locuzione: *del quale ignorava i vizi.* Come si vede, la differenza è lieve, lievissima, poichè si tratta di una semplice accidentalità del medesimo verbo *ignorare;* ma pure essa serve mirabilmente, secondochè si adoperi in un modo o in un altro, ad esprimere, più che un semplice concetto, un sistema diverso. Imperocchè nel Codice francese, come per dritto romano, si fa della buona fede una mera *quaestio facti,* ponendosi a base ed a misura del dritto alla percezione dei frutti la ignoranza effettiva nel possessore dei vizi che offendono il titolo: appena siffatta ignoranza, per una causa qualunque, che può dimostrarsi con ogni mezzo di prova, vien meno, la buona fede finisce; e, con essa, il dritto del possessore all' acquisto dei frutti. È naturale adunque e logico ad un tempo che, tanto nel Codice napoleonico, quanto in quegli altri che ne sieguono il sistema, si adoperi il presente *ignora* per indicare la necessità dell' esistenza attuale della buona fede, perchè produca il dritto all' acquisto dei frutti. Nel Codice italiano poi si adopera invece l' imperfetto *ignorava* per denotare ch' essa basta in principio, essendo sempre sorretta e giustificata dal titolo effettivo di traslazione; e che la *mala fides superveniens non nocet* quando non sia comprovata da un titolo dissolvente pari in efficacia probatoria a quello che la pose in essere. Son due conseguenze diverse di due diversi sistemi, siffatte espressioni: del sistema di fatto la prima, del sistema di dritto la seconda.

51. — Nel Codice italiano, adunque, la coscienza legale si sostituisce alla coscienza morale, che vien presa unicamente di mira dal Codice napoleonico. In questo, di fatti, come al sorgere della buona fede basta la opinione, purchè giustificata da una causa seria (titolo putativo) nel possessore, di essere cioè divenuto proprietario della cosa; così al cessare della medesima basta la semplice conoscenza, di qualunque specie essa sia, dei vizi che rendono inefficace

l'acquisto della proprietà: appena il dubbio e la diffidenza sulla legittimità del dominio acquistato entrano nell'animo del possessore, si turba la coscienza e vien meno il dritto alla percezione dei frutti. Il sistema può esser falso, ma è logico: si finisce come si è cominciato — *dissolvitur eodem modo quo colligatum est.* E notisi ancora, che la dimanda giudiziale nel Codice francese, se pur si mostra abile a far cessare nel possessore il dritto all'acquisto dei frutti dal momento che viene a proporsi, non è perchè abbia la virtù di distruggere la buona fede, che invece può restar salda; ma sol per la natura di ogni pronunziato del giudice, che opera retroattivamente sin dal giorno della dimanda che vi ha dato occasione (1).

Dal Codice italiano, però, la dimanda giudiziale vien richiesta espressamente nell'articolo 703 (2): essa non ha solamente l'efficacia di segnare il giorno da cui debba divenire operativa la sentenza del magistrato; ma rappresenta eziandio la causa legale atta a produrre la cessazione della buona fede nel possessore, e la prova legale della medesima. La dimanda giudiziale nel Codice italiano è, ci si permetta la parola, la naturale e logica conclusione del principio, che si compendia nella necessità del giusto titolo per la formazione della buona fede: la severità di poi non potrebbe spiegarsi senza il rigore di prima, o offenderebbe a un punto la logica e la giustizia. Si violerebbe prima la logica perchè può accettarsi benissimo, comunque falso, un sistema, ma non deve accettarsi a metà: ed il legislatore italiano correrebbe, senza dubbio, il rischio di cadere irreparabilmente in siffatto assurdo, laddove inculcasse la necessità della stretta prova legale per la cessazione della buona fede; quando per la formazione della medesima non ha fatto assegnamento che sulla semplice convinzione

(1) LAURENT, op. e vol. cit., n. 222.

(2) Art. 703. Il possessore di buona fede fa suoi i frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli che gli siano pervenuti dopo la dimanda giudiziale.

morale mancante di base giuridica, e punto sostenuta da quel complesso di condizioni veramente legali, nella cui esistenza sta la guarentigia reale e probatoria degli effetti giuridici che vogliono porsi in essere. Ed in secondo luogo si porterebbe offesa all' uguaglianza di trattamento dovuta alle parti contendenti, poichè la legge si mostrerebbe gelosa nel proteggere le usurpazioni contro i dritti del proprietario, imponendo a costui la dura condizione di sottostare alla perdita dei frutti, sinchè la dimanda giudiziale, unico mezzo legale, non abbia posto in mala fede il possessore; mentre sanzionerebbe in quest' ultimo il dritto e il privilegio di godere pienamente della cosa altrui, senza che d' altra parte gl' imponga l' obbligo di dover giustificare la sua erronea opinione, di averla veramente acquistata mediante un titolo effettivo, indispensabile per trasferire il dominio delle cose, di efficacia giuridica reale e probatoria, pari a quella della dimanda giudiziale. Negligenza è quella del proprietario che, lasciando in abbandono la cosa sua, non adempie agli obblighi necessarî per conservare il suo dritto di proprietà immune dalle offese e dalle usurpazioni dei terzi; negligenza è quella del possessore che, rimanendosi dal fare quel che la legge gli prescrive di fare, non adempie agli obblighi necessarî per acquistare realmente il dritto di proprietà: la legge non può tenere, secondo i casi, due pesi e due misure.

Nè scioglierebbe la quistione chi, volendo pigliarci in parola, credesse di darci una mentita col dire che anche il Codice albertino e quello delle Due Sicilie richiedevano di necessità la dimanda giudiziale per la cessazione della buona fede; senza che per ciò avessero fatto del titolo effettivo di traslazione una condizione essenziale alla formazione della medesima (1). Senza punto ripetere tutte le ra-

(1) Codice delle Due Sicilie, art. 475, capov. « Cessa di essere possessore di buona fede dal momento, in cui tali vizi sono a lui noti per la dimanda del proprietario anche in conciliazione ».

Codice albertino, art. 453. « Il possessore di buona fede fa suoi i frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli percepiti dal giorno

gioni esposte nei numeri precedenti a sostegno della nostra opinione, ripetiamo solo ed affermiamo, con tutta franchezza, che questi due Codici, nella materia in esame, rappresentano il passaggio dal sistema assoluto di fatto del Codice francese al sistema assoluto di dritto del Codice italiano. Essi, come tutte le cose transitorie del mondo, non potevano soddisfare interamente ai dettati della logica ed a quelli della scienza: presentano i difetti di entrambi i sistemi opposti senza vantare di rincontro i pregi di ciascuno di essi; adottano un criterio per la formazione della buona fede, un altro per la cessazione della medesima; ora si affidano alle regole di dritto, ora permettono che si cavi partito dalle accidenze multiformi del fatto. Ma tant' è, così si compie il progresso delle istituzioni sociali: bisogna prima cominciare dall' affermare una parte, perchè poscia la contraddizione stessa, cui si dà luogo, spinga ad affermare più presto anche l' altra. Nel Codice albertino si mostra assai spiccata la contraddizione tra il cominciamento e la cessazione della buona fede; ma esso è posteriore al Codice napolitano, e doveva perciò meglio ritrarre i dettati della legalità. Ma queste considerazioni a parte: se il Codice albertino porge solamente le regole per la cessazione legale della buona fede, il Codice italiano fornisce anche quelle per la formazione legale della medesima: ne sia di prova inconcussa il doppio principio consacrato dall' articolo 702, che nel Codice albertino manca del tutto. Ed ancora, il Codice albertino non riconosce nel possesso di buona fede altra efficacia oltre quella di far acquistare i frutti (1); e le disposizioni in proposito sono collocate nel punto stesso, dove il Codice na-

della giudiziale dimanda ». Si noti ancora che il Codice albertino, a differenza degli altri Codici, nell' art. 454 usa, come l' art. 701 del Codice italiano, l' espressione: « del qual titolo ignorava i vizi ». La ragione sta appunto in ciò ch' esso richiede la dimanda giudiziale per la cessazione della buona fede.

(1) Nel Codice albertino manca, nel titolo della prescrizione, quella sezione che negli altri Codici suol trattare della prescrizione di dieci

poleonico e gli altri Codici aboliti trattano di tale materia. È mestieri quindi convenire che il mantenimento del luogo e dell' ordine di siffatte disposizioni, e l' indole loro speciale, poichè governano solamente la percezione dei frutti (la quale si mostra come un' eccezione di equità al principio assoluto di dritto posto innanzi, che i frutti prodotti dalla cosa appartengono al proprietario); debbano necessariamente imprimere alle regole sancite dal Codice albertino quegli stessi caratteri e quella stessa efficacia che hanno nel Codice napoleonico. Nel Codice italiano, al contrario, mutandosi il luogo e la giacitura di tali disposizioni, e fondandosi una teorica generale sul possesso di buona fede, comune alla percezione dei frutti ed alla prescrizione della proprietà, deve di necessità seguirsi il principio opposto,

52. — Se non sussiste più nel Codice italiano quel dualismo di locuzioni e disposizioni tra la percezione dei frutti e la prescrizione, tanto spiccato nel Codice napoleonico e negli altri Codici aboliti; se troviamo invece negli articoli 701 e 702 consacrati i principî generali che regolano l' intera materia del possesso di buona fede, qualunque sia l' effetto che debba produrre; se la presunzione legale di buona fede non può concepirsi senza che metta radice in un titolo effettivo di traslazione; se la massima che il sopravvenire della mala fede non nuoce è la conseguenza logica della realità del titolo; se infine la necessità della dimanda giudiziale, per la cessazione della buona fede, non può spiegarsi senza la necessità del titolo reale per la formazione della medesima, bisogna convenire che la dottrina dei titoli putativi mal si accordi coi dettati della nuova legislazione.

Abbiamo fatto quant' era in noi per porre in rilievo un principio, che pare risponda completamente alla volontà del legislatore: la tradizione del dritto romano e il predominio della dottrina francese hanno impedito finora che si tenesse

o venti anni; e con essa mancano altresì tutte le disposizioni che vi si riferiscono.

conto di una novità così rilevante che colma il gran vuoto lasciato dagli altri Codici. Se è mestieri del prestigio di un nome e di un'autorità per dar credito ad un'opinione, lasciamo ad altri il dritto di farlo; invochiamo anzi che tale autorità sorga perchè richiami gli scrittori (1) al rispetto dei principî, contenti solo di avervi dato occasione. A nuovo sistema si addice nuova dottrina e giurisprudenza nuova: coloro, che persistono ancora nel seguire le tracce degli scrittori francesi, non si avvedono di quali conseguenze e di quanta confusione siano causa, nel voler collegare due sistemi che stanno fra loro in piena antitesi, l'*un contro l'altro armato*. La teoria dei titoli putativi può dirsi caduta insieme al principio al quale serviva: volerla rimettere in vita sarebbe un anacronismo ed una sconoscenza completa del vero progresso segnato in questa parte dal legislatore italiano. Non sta più all'arbitrio del magistrato ammettere o no, secondochè reputi, la buona fede nel possessore fornito di solo titolo putativo: ma libero il giudice di sentenziare se, dato il titolo reale di traslazione, la buona fede nel possessore vi sia stata al tempo dell'acquisto, quando venga fatta segno all'attacco della parte avversa; non potrà sottrarsi alla censura della cassazione, laddove dichiari di buona fede colui

(1) Anche il Borsari pare divida l'opinione professata dal Pacifici-Mazzoni, poichè scrive: « Parmi che con ragione dica il Chavot che il titolo è piuttosto un elemento costitutivo della buona fede, che condizione dell'acquisto dei frutti. Ogni condizione infatti è un *quid* estrinseco; un fatto che determina a favor nostro una ragione giuridica, ma non affetta il nostro senso interno per farci operare in un modo ». Op. e vol. cit., § 1496. Ed alla stessa dottrina sembra che voglia sottoscriversi pure il Tartufari: son queste le sue parole: « Si è osservato, che cotesto titolo, qual sostegno della buona fede obbiettiva, non sia necessario, là dove ella emerga dalle circostanze. Ci pare più esatto il dire, che il titolo dell'acquisizione non è l'elemento unico, onde vuolsi argomentare la buona fede obbiettiva; la quale dipende eziandio dal cumulo delle circostanze, che nelle specie dei casi intervengono ». Op. cit., vol. II, n. 611.

che non può giustificarla per mezzo di un titolo effettivo di trasferimento.

È tutta una grande trasformazione d'idee, un mutamento radicale di principî, frutto di lento e continuo lavorìo e del concorso efficace di tanti elementi e di tanti bisogni, che si dispiega dal dritto romano al Codice italiano. Dalla coscienza subbiettiva del possessore, che usurpava il luogo e le veci del titolo, ed era l'unica condizione richiesta per invocare il favore della legge; alla esclusione assoluta della buona fede, quand'essa non sia sorretta da un titolo reale, è un abisso che corre. Se ci è dato di fare un confronto, possiamo affermare che il Codice italiano nella percezione dei frutti rappresenta, di fronte al francese, quel medesimo progresso che l'illustre Troplong notava in quest'ultimo di fronte al dritto romano, riguardo alla prescrizione. Citiamone le parole autorevoli che, mentre valgono così bene a porre in rilievo siffatto rapporto importantissimo tra le due legislazioni, accennano d'altra parte alle tendenze della scienza su questo punto tanto controverso del dritto: « Nel dritto romano la buona fede non aveva necessariamente bisogno di un giusto titolo per giustificarsi. Quando era chiara, evidente, solennemente stabilita, e che non avea, sotto questo rapporto, alcun rimprovero a fare al possessore, nient'altro si esigeva per l'acquisto della usucapione o della prescrizione. Si è spesso parlato del giusto titolo nelle leggi romane; ma è piuttosto come indizio abituale della buona fede e fondamento di un errore plausibile, anzichè come condizione necessaria per dargli nascita; dappoichè una quantità di esempi provano che se la buona fede esista senza il titolo, basta da sè sola... Malgrado l'evidenza di questo sistema, piacque non pertanto alla immaginazione degl'interpetri di scambiarne la verità, e fecero passare in pratica che la buona fede senza il titolo non bastava. La loro dottrina, sempre seguìta nel dritto francese, non trovava ostacoli se non per conciliarsi coi testi latini che la condannavano implicitamente. Vedremo appresso le opposizioni che

risultavano da questa deviazione dai principî del dritto romano, dei quali si credeva esserne l'eco. Per ora ci contenteremo di far osservare che, secondo noi, il Codice civile ha saggiamente fatto nel dar la preferenza al sistema degli interpetri, il quale non era riprensibile se non in che pretendeva di esporre fedelmente lo spirito del dritto romano; dappoichè esso è meno vago ed arbitrario della teoria romana; lascia meno campo all'errore; obbliga colui che possiede ad istruirsi sulla sua posizione, e fonda la prescrizione su di una base più solida di una semplice opinione. *Se la doppia condizione del titolo e della buona fede non si fosse naturalizzata nel nostro dritto con una lunga giurisprudenza, sarebbe stato d'uopo inventarla. Io ricordo dunque il principio romano per far rimarcare il progresso del dritto francese* » (1).

53. — Non vogliamo intanto por termine a questa ricerca, senza che si accenni ad una conseguenza di grave momento, che è la logica conclusione del principio da noi sostenuto.

« Quando », scrive il Tartufari, « le ragioni di due parti vengano fra loro a conflitto, e nessuna delle due possa vantare per sè la certezza del dritto, a meno di non lasciare indecisa la controversia, partito gravido di molte e serie conseguenze, v' ha una necessità inesorabile di appigliarsi alla maggiore probabilità, riconoscendo la ragione essere da quella parte, per cui milita un più probabile diritto, *qui firmiore jure possidet,* e il torto dall'altra, che allega un diritto meno probabile, *qui infirmiore jure possidet.* Insomma il conflitto dei diritti si dirimerebbe, *le ragioni del possessore di buona fede sarebbero tutelate coll' esercizio dell' azione publiciana* » (2). Al contrario scrive il Laurent: « La plupart des auteurs français enseignent que la publicienne existe encore dans le droit moderne. Cela est inadmissible. Il suffit de lire la définition de la publicienne que

(1) Op. cit., n. 872.
(2) Op. cit, vol. I, n. 288.

nous avons empruntée aux Instituts, pour se convaincre que cette action repose sur une fiction; on feint que la prescription est accomplie, bien qu'elle ne le soit pas. Or, appartient-il à l'interprète de créer une propriété fictive et de la munir d'une action? Non certes. Cela décide la question » (1). — Siamo alla *publiciana,* alla famosa quistione, tanto dibattuta tra gli scrittori, se possa quest'azione, molto in uso nel dritto romano, ammettersi ancora nel dritto moderno. Non mancano autorità nell' uno e nell' altro campo: molti scrittori ne sostengono l' applicabilità (2); molti e i più recenti la respingono interamente (3). Non intendiamo risolvere siffatta quistione, nemmeno tentarlo; diciamo solo quel che ci è d' uopo per mettere in chiaro il nostro concetto.

È giusto e ragionevole il lamento del Tartufari sulla necessità di rendere più agevole e più favorita, mediante una guarentigia efficace di protezione, la condizione giuridica dei possessori di buona fede nel rapporto coi semplici usurpatori: bisogna che la legge serbi un trattamento diverso secondo i casi e le circostanze diverse, se vuol imprimere ai suoi dettati un senso veramente di giustizia. Ma non è meno giusto il disdegno, con cui il Laurent respinge la pretesa di coloro, che additano nella *publiciana* il rimedio opportuno al male che si deplora. Sorta dal bisogno di garantire nei primi tempi del dritto romano la proprietà bonitaria, finchè mediante l' usucapione non si fosse trasformata in proprietà quiritaria, siffatta azione fu poscia dal pretore accordata al semplice possessore di buona fede che potesse, a differenza del convenuto, addurre un titolo colorato del suo possesso. Era una *vindicatio utilis* che poggiava su di una finzione, quella

(1) Op. e vol. cit., n. 156.

(2) POTHIER, *Proprietà,* n 292; TROPLONG, *Prescriz.*, n. 230, *Vendita,* n. 235; DURANTON, vol. IV, n. 233 e seg.; DEMOLOMBE, vol. IX, n. 481; DOVERI, op. cit., I, pag. 541, nota 1.

(3) AUBRY e RAU, op. cit., vol. I, § 218; PACIFICI-MAZZONI, *Commento,* n. 97; BORSARI, op cit., § 856-57.

cioè che il possessore avesse usucapito (1). Bandite dal dritto moderno le finzioni come sistema, non possono, senza offendere la logica, ammettersi in alcuna delle loro forme più accentuate e più rilevanti. Il male è che non si pensa bene ad applicare interamente i principî del dritto moderno, i quali, come danno occasione a certi bisogni ed a certe esigenze, debbono d'altra parte avere la forza di poterne assicurare la soddisfazione. La *publiciana* stava benissimo nel dritto romano, dove l'equità formava così larga fonte di dritto. Una condizione giuridica riconosciuta dalla legge, perchè sia veramente tale, è mestieri venga circondata di quelle guarentige che possono renderla attuosa nel giro dei rapporti civili. Come, per principio di equità, si riconobbero i caratteri del possesso di buona fede in colui che solo vantava un titolo putativo; così, per l'istesso principio, gli si doveva accordare un'azione che lo rendesse efficace: la finzione stava prima nel titolo putativo, la *publiciana* poi non ne era che la conseguenza.

Nel dritto moderno, e specialmente nel Codice italiano, non vi è posto per la finzione, nè prima nè poi. Il possessore di buona fede, poichè fa sempre assegnamento su di un titolo effettivo di traslazione, non ha d'uopo della *publiciana* per far valere le sue pretese contro l'usurpatore, potendo esercitare benissimo la rivendicazione. L'attore che vuol rivendicare una cosa, non altro è tenuto a produrre che un titolo traslativo di proprietà, purchè questo sia anteriore al possesso del convenuto (2). Se possessore di buona fede è solo colui, che ha acquistato in forza di un titolo reale di trasferimento, la sua condizione giuridica sarà sempre salva di fronte all'usurpatore; poichè, quand'anche, per essere scorso il termine stabilito dalla legge, non possa più esercitare le azioni possessorie, potrà efficacemente valersi della rivendicazione per ricuperare la cosa acquistata. Nè

(1) Fr. 1, § 1, *Dig.*, « De public. », VI, 2; fr. 7, § 8, eod.
(2) PACIFICI-MAZZONI, op. cit., n. 99.

si dica che la rivendicazione mal possa tutelare il possessore di buona fede, nel caso che il suo titolo di acquisto sia posteriore di data al possesso del convenuto; perchè, in tal caso, da una parte sarebbe punita giustamente la sua negligenza, per avere acquistato una cosa che non pure non era nel dominio, ma neanche nel possesso del suo autore; dall'altra, si darebbe una garantia sicura al possessore antico contro le astuzie e gli accorgimenti probabili del possessore nuovo. Quando taluno acquista una cosa da chi, col dominio, non può trasferirgli il possesso della medesima, se non può accusarsi di mala fede a dirittura, potrà sempre venire accusato di troppa leggerezza per non aver chiesto conto al suo autore, nel momento della traslazione, della causa e della natura del possesso altrui sulla cosa ch'egli deve acquistare. Ma in tutti gli altri casi, in cui il possesso di buona fede si annunzia nella forma più legittima e più naturale, esso potrà benissimo trovare nella rivendicazione il mezzo efficace come farsi valere contro le usurpazioni; senza che gli faccia ostacolo qualunque eccezione, che non sia relativa alla proprietà, da parte del convenuto. Questi difatti, quando non può fare assegnamento sulla prescrizione operatasi a suo favore, o su di un titolo parimenti traslativo di dominio, anteriore a quello dell'attore, o se anche posteriore, afforzato dalla prova del dritto di proprietà del suo autore, deve inevitabilmente rilasciare la cosa a colui che la rivendica.

CAPITOLO III.

TITOLO UNIVERSALE

I.

54. — Dopo l'esame dei titoli putativi, un'altra ricerca, d'importanza non mediocre, s'impone al nostro studio; quella cioè d'indagare se nell'espressione dell'articolo 701, *titolo abile a trasferire il dominio*, si comprendano solo i titoli

particolari, che consistono generalmente nei contratti di traslazione; ovvero debbano reputarsi compresi eziandio i titoli universali, i quali, riferendosi alla successione, si compendiano nei testamenti e nelle disposizioni della legge. In tale ricerca bisogna, al solito, consultare gli oracoli del dritto romano, che in materia di legislazione *è quel savio gentil che tutto seppe*; senza però tralasciare di renderci conto dei mutamenti che il dritto moderno, al mutarsi delle condizioni sociali, ha dovuto necessariamente apportarvi.

Tra le ipotesi molteplici di titoli universali, che possono presentarsi in siffatta materia, quattro ci sembrano le più frequenti, e, per lunga consuetudine, le più accreditate: noi le ricorderemo partitamente, per vedere quali di esse, secondo i principî direttivi del Codice, possano collocarsi nella categoria dei titoli universali; quale, malgrado la qualificazione del nome, debba relegarsi tra' titoli particolari; e quale infine debba escludersi a dirittura dal novero dei titoli reali di qualunque specie.

55. — La prima ipotesi si porge allorchè taluno, istituendo per testamento il proprio erede, comprende, nella disposizione dei beni, oggetti che non formano parte del suo patrimonio: l'erede, reputandoli in buona fede appartenenti al suo autore, si mette in possesso e ne gode a titolo di proprietario. *Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse* (1).

Chi guardi bene a tale ipotesi, si accorgerà bentosto come, per quanto si tratti di successore a titolo universale, che acquista tutto o parte del patrimonio del defunto, l'erede tuttavia non è che semplice possessore a titolo particolare, riguardo ai beni del terzo compresi nella disposizione testamentaria fatta a suo favore. Occorre invero distinguere un doppio rapporto nell'erede, l'uno col defunto, l'altro col terzo i cui beni egli possiede. Al primo difatti succede *in universum jus,* per quanto concerne cioè i beni che compon-

(1) Fr. 4, *Dig.*, « Pro her. », XLI, 5.

gono il patrimonio ereditario, e ne continua la personalità giuridica; rimpetto al secondo, poi, egli trova bensì nel testamento un titolo giustificativo della sua buona fede, ma la sua attinenza non è che limitata al semplice possesso delle *res singulae* sol delle quali il dominio appartiene al terzo; questi d'altra parte però non ha nè dritto, nè qualità per contendergli il nome e l'attribuzione di erede, poichè nessun vincolo di parentela o di testamento lo strinse mai al defunto. Proprietario leso nei suoi dritti, reclama di esserne reintegrato; a ciò si limita semplicemente il suo rapporto coll'erede: qualunque altra attinenza giuridica non lo pregiudica, nè l'offende; non ha quindi ragione legittima di turbarlo, quanto al resto, nella libera e regolare esplicazione dei dritti successorî. La quistione insomma non s'impegna tra un vero e un falso erede, per cui sia d'uopo della *petitio hereditatis*, anche quando si tratti di una sola cosa che componga il patrimonio ereditario; ma tra un proprietario e un possessore di cose particolari, pure nel caso che molteplici siano le cose in contestazione, dovendo sempre il proprietario valersi della *rei vindicatio*, perchè possa ricuperarle. Onde la conseguenza inconcussa, che l'erede serberà sempre la sua qualità di successore a titolo universale in ordine alle cose ereditarie e rimpetto al defunto; mentre sarà semplice possessore a titolo particolare riguardo ai beni che appartengono al terzo e nel rapporto con quest'ultimo. È bene notare però che dove l'erede, ignorando perfettamente il dritto del terzo sui beni deferitigli, ne acquisti il possesso come di cose appartenenti, per dritto di proprietà, al suo autore; avendo nel testamento un titolo reale, incontestabilmente efficace a trasferire il dominio, potrà senza dubbio qual possessore di buona fede di cose particolari, acquistarne colla percezione i frutti sino alla dimanda giudiziale del proprietario.

56. — La seconda ipotesi, di un valore storico incontestato, si presenta allorquando taluno, entrando nel possesso del patrimonio ereditario, devolutogli per legge o per testa-

mento, trova formar parte del medesimo beni, ch'egli ritiene in buona fede appartenere all'eredità del suo autore; ma dei quali questi non ebbe nè la proprietà, nè il possesso, sconoscendone insino l'esistenza. Il dritto romano decise che, riguardo a tali beni, l'erede, avendo un titolo putativo efficace nella delazione ereditaria, ed ignorando d'altra parte il dritto dei terzi sui medesimi, dovesse reputarsi vero possessore di buona fede; epperò gli riconobbe il dritto d'invocare il favore della percezione dei frutti; e, decorso il tempo opportuno, quello altresì della lunga prescrizione per acquistarne a dirittura la proprietà. *Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit: posse me usucapere* (1).

La prima osservazione che ci occorre di fare si è, che neanche in questa ipotesi, come nella precedente, abbiamo nell'erede un possessore di buona fede a titolo universale; poichè si tratta sempre, che il proprietario dei beni confusi nel patrimonio ereditario potrà rivendicare unicamente il possesso dei medesimi, senza punto turbare od offendere il vincolo di successione tra l'erede e il suo autore. Laonde è chiaro che l'erede, successore a titolo universale nel rapporto col defunto, sarà nondimeno sempre possessore a titolo particolare nel rapporto col terzo, i cui beni egli possiede.

Ma è d'uopo studiare ancora se questa maniera di possesso, celebrata per antonomasia come il vero titolo *pro herede,* e ch'ebbe tanta fortuna nel dritto romano, possa del pari mostrarsi produttiva di effetti giuridici nel Codice italiano. Pothier sostenne vivamente, nell'antica giurisprudenza francese, l'applicabilità del titolo *pro herede* così per la percezione dei frutti, come per la prescrizione. Sotto l'impero del Codice napoleonico, però, solo il Merlin (2) si mantenne interamente fedele alla dottrina dell'insigne giureconsulto; mentre tutti gli scrittori e la giurisprudenza furono

(1) Fr. 3, *Dig.*, « Pro her. », XLI, 5.
(2) *Repert.*, v. « Prescript. », § 5, art. 1.

concordi nel ritenere, che, per l'articolo 2265 del Codice francese, doveva considerarsi come abrogata, quanto alla prescrizione, la teorica dei titoli putativi. Su di ciò non vi ha luogo a contestazione; ma ci piace citare talune parole del Dalloz, per meglio mostrare come questa sia già una dottrina assicurata in Francia: « Le titre *pro herede* est inconnu dans notre droit. L'héritier qui trouvant dans la maison du défunt une chose appartenant à autrui, et dont le défunt ignorait l'existence, la possède comme faisant partie des biens de la succession, a evidemment une possession qui ne s'appuie sur aucun titre translatif. Ce n'est donc que par trente ans qu'il pourra la prescrire » (1). — Si venne pertanto all'opposta sentenza per quanto riguarda l'effetto della percezione dei frutti; poichè gli scrittori medesimi che rigettano il titolo putativo *pro herede*, come condizione del possesso di buona fede relativo alla prescrizione della proprietà, si accordano poi nell'ammetterlo interamente quando si riferisce al semplice acquisto dei frutti. « L'erede », dicono gl'illustri Aubry e Rau, « fa suoi i frutti della cosa che possiede di buona fede, come dipendente dall'eredità, benchè essa realmente non ne faccia parte » (2). E nell'istesso senso scrive il Dalloz: « Il y a, en droit, bien des causes translatives de propriété. Ainsi il y a titre pour celui qui possède en vertu d'un contrat à titre onéreux *pro emptore*, a titre gratuit *pro donato*, *pro dote*, ou en vertu d'un testament, *pro legato*, ou par l'effet seul de la loi, *pro herede* » (3).

57. — Nel Codice italiano la risposta non è dubbia: avendo dimostrato l'inapplicabilità dei titoli putativi in generale, saremmo costretti dalla logica a rigettare anche questa che è una delle forme più antiche e più accreditate dei

(1) Op. cit., v. « Prescript. », § 889.

(2) Op. e vol. cit., § 201.

(3) Op. cit., v. « Propr. », § 301; DEMOLOMBE, vol. V, n. 596-602; MOURLON, I, pag. 704, nota 3.

medesimi. Ma un altro argomento ci si offre dalla legge ad afforzare maggiormente la nostra opinione, l'articolo 693, dove si dice: *Il possesso continua di dritto nella persona del successore a titolo universale.* Un articolo corrispondente a questo si rinviene nel Codice francese; ma, in una forma meno corretta, nel titolo della prescrizione. Son queste le parole: « Pour compléter la prescription on peut joindre, à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou a titre particulier, soit à titre lucratif ou onéreux » (art. 2235 Cod. nap.). La dottrina francese ha dato il giusto valore alla disposizione di questo articolo, pronunziando che, quanto ai successori particolari, debba reputarsi facoltativa l'unione dei possessi; mentre pei successori universali è sempre obbligatoria. Ma l'efficacia di tale disposizione non è che limitata alla semplice prescrizione, nel cui titolo essa si trova collocata, e solo la quale vien governata dai principî generali di dritto, applicandosi la nota massima romana: *Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris uti debet cum sua causa suisque vitiis* (1). Riguardo alla percezione dei frutti, dove prevale il principio opposto, non si tien conto che della buona fede del possessore attuale: il rapporto giuridico, lo stato antecedente dell'animo del suo autore non gli nuoce nè gli giova; egli farà suoi o no i frutti, secondochè nel momento della percezione sia di buona o di cattiva fede.

In presenza dell'articolo 693 del Codice italiano, collocato nel titolo del possesso, e perciò, come fornito di efficacia generale, applicabile tanto alla percezione dei frutti quanto alla prescrizione, non possiamo più accogliere gl'insegnamenti della dottrina francese. E tale articolo ci porge una nuova e splendida conferma testuale del concetto legislativo: di abbandonare cioè il sistema di fatto del Codice francese, e la teorica dei titoli putativi che ne è la natural

(1) Fr. 13, § 1, *Dig.*, « De adqu. pass. », XLI, 2.

conseguenza, escludendo l'ipotesi di un possessore che possa vantare maggiori dritti del suo autore, e fare assegnamento su di un titolo che questi non aveva. La disposizione dell'articolo 693 è l'affermazione del noto principio successorio: *le mort saisit le vif,* applicato in tutta la sua pienezza, e non oltre i termini che lo rendono giustificato. Se il possesso continua di dritto nella persona del successore a titolo universale, è chiaro ch' esso deve contenersi nei limiti segnati dalla successione: la condizione dell' erede *non potest fieri nec melior nec deterior* di quella del defunto; egli succede nei dritti e nelle obbligazioni, nel bene e nel male; erediterà persino il sentimento e la coscienza: il *jus successorium*, a dirla breve, servirà a un punto di campo e di limite ai suoi dritti, i quali non potrà estendere, senza che manchino di titolo giustificativo, oltre la cerchia di quelli spettanti al suo autore. Eppure, malgrado l'evidenza di tale concetto, che rampolla ineluttabilmente dalla disposizione dell'articolo 693, il chiaro prof. Pacifici-Mazzoni non sa smettere il vezzo di tenere lo strascico alla dottrina francese. « Adunque », egli scrive, « la buona fede può aversi anche mediante il solo titolo putativo; tanto se il possessore creda comprendersi dal titolo vero che ha beni che in realtà non vi sono compresi, come se l'erede possegga fondi reputando che faccian parte dell'eredità », ecc. (1).

58. — L'erede che, immettendosi nel possesso dei beni ereditari, entra altresì nel possesso di quei beni che, pur trovandosi confusi al patrimonio del defunto, per nessuna ragione può dirsi che formino parte del medesimo, possiede evidentemente senza titolo. La sua buona fede quindi, malgrado l'onestà delle intenzioni, non avendo fondamento legale in un titolo effettivo di traslazione, non è abile a formare obbietto di una presunzione, nè a fargli acquistare i frutti. L'erede, come continua la persona, così continua il possesso del defunto: la causa dei suoi dritti sta nell'eredità, quivi

(1) *Istituz.*, vol. III, n. 188.

pure sta la misura; non può vantare adunque altri dritti, di qualunque specie essi siano, oltre i limiti dell'eredità. Nè si dica che la legge, riguardo alla percezione dei frutti, abbia voluto derogare dalle strette regole di dritto, attenendosi invece ai principî di equità. Siffatta osservazione calza benissimo nel dritto romano, dove si dice, espressamente, che il titolo putativo *pro herede* sia abile così all'acquisto dei frutti, come anche, mediante la lunga prescrizione, all'acquisto della proprietà. Nè è meno opportuna nel Codice francese, dove l'antitesi dei principî seguìti nella prescrizione e nella percezione dei frutti, risulta più chiara dal collocamento dell'articolo 2235, testè citato, il quale restringe la sua efficacia al solo caso della prescrizione. Ma nel Codice italiano, si tratti dell'effetto della prescrizione o di quello della percezione dei frutti, non abbiamo che unico principio ed unica disposizione l'articolo 693, allogato nel titolo generale del possesso: non è dato quindi all'interpetre creare una distinzione che la legge non ammette.

Se poi volesse sostenersi che l'articolo 693 affermi semplicemente il principio, che l'erede continua di dritto il possesso del suo autore riguardo solo ai beni compresi nella successione; ma che per quelli estranei alla medesima nulla disponga l'articolo citato, dovendo invece attingersi le regole direttrici, in tal caso, alle disposizioni generali che governano la materia dell'acquisto dei frutti, non sarebbe perciò risoluta la quistione. L'articolo citato, difatti, affermando esplicitamente la continuazione nell'erede del possesso del suo autore, nega implicitamente un possesso che non sia la continuazione di quello del defunto: la successione è a un tempo causa e limite del possesso del successore; questo appunto afferma l'articolo 693. Ma la disposizione di questo articolo a parte, riguardo ai beni dei terzi, l'erede non ha titolo di possesso: la successione può esser motivo alla credenza del successore di reputarsi proprietario, non titolo reale; è perciò che in tal caso non si ha che un titolo

putativo *pro herede*. Il titolo putativo però mal può conciliarsi colla disposizione assoluta dell'articolo 701; e molto meno colla presunzione legale di buona fede stabilita dall'articolo 702. Il titolo putativo adunque, sia d'indole particolare, sia d'indole universale, non basta per dar origine al possesso di buona fede.

59. — È fenomeno degno di nota, intanto, quello di vedere l'illustre Laurent dibattersi virilmente per elevare la dottrina francese, in quanto riguarda la percezione dei frutti, ai principî generali del dritto, sciogliendola dall'empirismo cui si trova dannata; quando forse, come abbiamo rilevato, lo spirito e le disposizioni stesse del Codice napoleonico gli oppongono un ostacolo invincibile: e di osservare d'altra parte in Italia, dove il legislatore ha segnato un progresso notevole in questa parte delle istituzioni giuridiche, riponendo sotto il potere delle leggi comuni una materia, per vecchie tradizioni storiche, relegata sotto l'impero di leggi eccezionali, un interpetre, certo pregevole, come il Pacifici-Mazzoni, cui non manca sapere nè esperienza, affaticarsi senza posa per mantenere la nostra giurisprudenza sotto l'alto dominio della dottrina francese. Oh si riconosca una volta all'Italia il dritto di poter muovere il passo nella via delle riforme giuridiche, senza che sia costretta a ricalcar sempre le orme dei suoi superbi vicini! Pur non dividendone le sue idee quanto al Codice francese, ed accettandole pienamente nel Codice italiano, ecco le belle ed autorevoli parole del Laurent, le quali, comunque riguardino i titoli particolari, son bene applicabili al nostro argomento: « Il s'est présenté plusieurs fois une autre difficulté; le possesseur avait un titre non vicié, son auteur était propriétaire, mais l'acquéreur avait possédé au delà de son titre, en occupant des fonds, qui n'y étaient pas compris. On a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer la distinction qui fait l'article 550 entre le cas où le possesseur connait les vices de son titre, et celui où les ignore. Cela n'est pas exact dès que le possesseur possède au delà de son titre, il possède

réellement sans titre, puisque son titre ne lui donne aucun droit sur ces fonds qu'il occupe » (1).

Ci è forza quindi concludere che, nell'ipotesi esposta, non pure non si ha un possessore a titolo universale, ma neanche un possessore particolare di buona fede, qual è voluto dalla legge; poichè manca in lui un titolo realmente traslativo, del quale il titolo putativo non può nel Codice italiano tenere, in nessun modo, le veci.

II.

60. — Alle due ipotesi precedenti fanno seguito altre due, le quali, per la loro importanza e per la diversa soluzione che nei diversi tempi e dagli scrittori diversi hanno ottenuto, richiedono un esame abbastanza accurato. È il caso, o di chi possiede una eredità, in virtù di testamento, indi, a sua insaputa, rivocato; o di chi possiede egualmente una eredità, ignorando l'esistenza di più prossimi chiamati alla successione del defunto. Entrambi hanno un titolo, entrambi la buona fede; sono eredi apparenti indubbiamente l'uno e l'altro. E son quindi possessori a titolo universale; poichè non si troveranno in presenza di un proprietario che contenda loro il dominio delle cose possedute, le quali, comunque più di una, non servono per ciò ad immutare la natura del rapporto giuridico particolare; essendo sempre il proprietario costretto a presentar tanti titoli quante sono le cose che rivendica dal possessore. Sono invece eredi apparenti, entrati nel possesso di un patrimonio, *universitas*, il quale, anche composto di una cosa sola, non cessa di esser tale; poichè posseggono, non a titolo particolare, ma come successori universali di una persona. La quistione quindi che dovrà impegnarsi non riguarda punto l'appartenenza delle singole cose; ma l'appartenenza bensì del nome

(1) Op. cit., vol. VI, n 217.

e della qualità di erede, alla quale si collega il possesso e la proprietà di tutto ciò che forma il patrimonio ereditario. Colui, che si trova nel possesso di un patrimonio a titolo di erede, potrà allora esserne scacciato, quando il suo avversario, nel promuovere la *petitio hereditatis*, avrà dimostrato il suo titolo effettivo di erede, in virtù di un testamento posteriore o di un grado di parentela più prossimo a quello ch'egli possiede: solo allora, ponendosi in chiaro la falsa qualità di successore universale in quest' ultimo, ne avverrà ch' egli debba perdere altresì, come conseguenza naturale, il possesso delle cose ereditarie. Non è dubbio adunque che, tanto nell' uno quanto nell' altro caso, trattandosi sempre di erede apparente, si abbia un possessore a titolo universale.

61. — Chiarita questa, ch' era quasi una quistione pregiudiziale all'esame ulteriore del nostro argomento, ci occorre ora d' indagare se coloro che sono successori a titolo universale, debbano reputarsi compresi nell' espressione generica dell'articolo 701: *titolo abile a trasferire il dominio*, o ne siano invece esclusi. Quest' ultima soluzione adotta il Laurent, sostenendo a tutta possa che l' articolo 550 del Codice napoleonico (art. 701 Cod. ital.) limiti la sua efficacia ai soli possessori a titolo particolare, trovandosi quelli a titolo universale governati invece da diverso principio. « Cependant », egli scrive, « la jurisprudence applique les articles 549, 550, indistinctement à tous les cas où le possesseur d'un héritage la délaisse en vertu d'une *action personnelle* dirigée contre lui. La question est de savoir si l'on peut appliquer ces dispositions par analogie. Nous nions qu'il y a analogie » (1).

Premettiamo anzi tutto che non sappiamo renderci conto, perchè il Laurent abbia voluto usare l'espressione *action personnelle* nel brano sopra citato, per indicare l'azione con cui l' erede reclama il possesso delle cose ereditarie da colui

(1) Op. e vol. cit., n. 240.

che le detiene. Qualunque sia il titolo, universale o particolare, per cui questi possiede, l'erede avrà sempre un'azione reale da esercitare, che nell'un caso piglierà il nome di *petitio hereditatis*, e nell'altro si addimanderà *rei vindicatio*. Dirette ad affermare e guarentire l'adempimento delle obbligazioni che solo *ex contractu vel ex maleficio nascuntur* (1), le azioni personali non son punto applicabili alla ipotesi esposta dal Laurent, perchè in essa il rapporto che si svolge tra l'erede ed il possessore, così a titolo universale (erede apparente), come a titolo particolare, per contendersi il dominio della *res singularis* o della *universitas*, non è che meramente reale. Nè ci è dato sospettare che voglia, con siffatta espressione, l'illustre scrittore denotare la petizione di eredità; poichè fedele alle migliori tradizioni del dritto romano e dell'antica dottrina, com'egli stesso dichiara, non ha menomamente il proposito di voler alterare il carattere e il significato di tale istituzione. E la petizione di eredità, secondo il dritto romano, non è che un'azione eminentemente reale. È nota la sentenza di Ulpiano: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales* (2). Si agitò, è vero, gagliarda la quistione tra gli antichi interpetri sul carattere misto di tale azione; ma, non ostante i grandi contrasti e le vive opposizioni, il carattere reale della medesima prevalse a dirittura. Era tale il concetto predominante nella coscienza dei moderni giuristi, quando il Seresia (3) si piacque ridestare la vecchia quistione, facendosi sostenitore del carattere misto della *petitio hereditatis*. Ma, nè la vivacità dei suoi argomenti, nè gli sforzi virili tentati per trarre suo pro dalle parole citate di Ulpiano *habet quasdam praestationes personales*, nè il capitale assegnamento fatto sull'espressione: *mixtae personalis actionis ratio*, adoperata da Diocle-

(1) § 1, « Instit de action. », IV, 6.
(2) Fr. 25, § 18, *Dig.*, « De hered. petit. », V, 3.
(3) *De la pétition d'hérédité en Droit moderne*, n. 94-97.

ziano (1), valsero a scrollare la salda opinione contraria e a convertire neofiti all' opinione sovversiva di tale scrittore.

Lo stesso appunto non può farsi al Laurent, il quale scrive: « La pétition d' hérédité est une revendication de la succession contre celui qui la détient en qualité de successeur universel. Elle suppose donc que le détenteur dispute au demandeur la propriété de la succession et la qualité d' héritier, en laquelle il demande la restitution des biens héréditaires » (2). E più sotto soggiunge: « Comment peut-on distinguer si l'action formée par l'héritier contre le détenteur des biens héréditaires, est une pétition d'hérédité ou une revendication? Les deux actions ont une grande analogie, dans l'une et l'autre le demandeur conclut à la restitution des biens héréditaires » (3). Quell'*action personnelle* adunque, che il Laurent adopera nel luogo sopra citato (4), illustrando gli articoli 549 e 550 del Codice napoleonico, o è una inavvertenza, o un errore che il chiaro uomo sconfessa da sè.

62. — Ma a parte la giustificazione o meno dell' espressione anzidetta: il giureconsulto belga persiste con tenacità nel concetto che l' applicazione dell' articolo 550 del Codice napoleonico (art. 701 Cod. ital.) debba unicamente restringersi ai possessori a titolo particolare, senza che possa estendersi in alcun modo a coloro che, possedendo a titolo universale, sogliono denominarsi eredi apparenti. A porre meglio in chiaro l' opinione dello scrittore, citiamo quelle parole con cui, presentando le medesime ipotesi da noi poste in principio, nega recisamente che in esse possa avvisarsi un possessore a titolo universale, al quale debba applicarsi la disposizione dell' articolo 550 del Codice francese relativo al possessore di buona fede: « Sont possesseurs de bonne

(1) *Leg.* 7, *Cod.*, « De petit. hered. », III, 31.
(2) Op. cit., vol. IX, n. 511.
(3) Op. e vol. cit., n. 512.
(4) Op. cit., vol. VI, n. 240.

foi dans la matière de la pétition d'hérédité, ceux qui se sont mis en possession des biens d'une succession qu'ils croient de bonne foi leur appartenir: c'est la définition romaine. Ainsi l'héritier testamentaire est possesseur de bonne foi lorsqu'il s'est mis en possession des biens du défunt, ignorant que le testament était révoqué. Si un parent a appréhendé l'hérédité croyant être le plus proche héritier, il est possesseur de bonne foi, bien qu'il y eût un parent appelé à la succession avant lui, s'il ne connaissait pas ce parent » (1). Ripiglia quindi: « Nous avons d'avance répondu à l'objection en explicant l'article 550: il suppose une action en revendication contre un tiers qui possède à titre singulier, tandis que, dans notre espèce, il est question contre un détenteur de la succession, qui n'a pas de titre sauf la loi » (2). Onde in tali casi di buona fede conclude, che l'erede apparente sia tenuto a restituire al vero erede quello di cui siasi arricchito. « Le possesseur de bonne foi n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi au jour de la demande en pétition d'hérédité. C'est la doctrine romaine, et Pothier en donne une raison péremptoire » (3).

La dottrina del Laurent può ridursi a questi termini semplicissimi: l'efficacia dell' articolo 550 del Codice napoleonico (art. 701 Cod. ital.) si limita solo ai possessori a titolo particolare, nè può estendersi a quelli che posseggono a titolo universale (eredi apparenti), la cui buona fede li obbliga a restituire solamente quello di che si sono arricchiti. È un' accettazione pura e semplice della teoria romana compendiata da Paolo nella nota sentenza: *In bonae fidei autem possessore hi fructus tantum veniunt in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est* (4).

(1) Op. cit, vol. IX, n. 521.
(2) Op. e vol. cit., n. 522.
(3) Op. e vol. cit., n. 527.
(4) Fr. 40, § 5, *Dig.*, « De hered. petit. », V, 3.

Il Borsari tra noi, con quella prontezza di giudizio, cui deve se ha potuto in così breve tempo dotare dei suoi ampi commenti gran parte dei nostri Codici, si associa virilmente all'opinione del Laurent. Citiamo le sue parole: « Il possesso di buona fede può riposare sul dritto ereditario, ha detto Hennequin, ma è difficile dire in qual senso. Non già nel senso che io possa impunemente ingannarmi sulla vera intelligenza di una legge, e quindi attribuirmi i frutti durante il mio possesso. Ma qualora, benintesa la legge, il mio inganno non cada che sul fatto, non potrei essere a questo effetto considerato un possessore di buona fede. L'erede che raccoglie una successione, nella supposta mancanza di parenti più prossimi, dacchè in un certo tempo non si presentano, non dovrà considerarsi come tale, specialmente se ottiene il possesso per un mandato del giudice..... In questa e simili contingenze, generalmente parlando, non sarebbe applicabile e non potrebbe invocarsi l'art. 701 in quanto richiede un titolo, che, attesa la sua naturale attitudine e potenza di trasferire il dominio, giustifichi la credenza che per esso sia stato in noi trasferito. Rimpetto alla legge è quistione di proprietà o non proprietà e non di buona fede e di convinzione intima » (1).

63. — Una indagine storica non è mai soverchia per penetrare a fondo il riposto significato e lo spirito delle istituzioni; chè la storia, compendiando il sapere del passato, è la grande maestra dell'avvenire.

Il dritto romano ci porge testualmente le ipotesi di cui cerchiamo la soluzione: *Si a domino heres institus fuerit, vel bonorum ejus possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius, si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit* (2). Di questo frammento si trova in altro luogo la conferma: *Pro herede autem possidere videtur qui putat se heredem esse* (3). Pure

(1) Op. e vol. cit., § 1496.

(2) Fr. 33, § 1, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.

(3) § 3, « Instit. de interd. », IV, 15,

è degno di nota l'osservare, come in dritto romano, malgrado siasi riconosciuta nell' erede apparente la qualità e i caratteri del possessore, non abbia avuto applicazione l'istesso principio quando, nel caso di buona fede, si tratta di regolare il dritto all' appartenenza dei frutti. Alla nota massima di equità: *Bonde fidei emptor, percipiendo, fructus etiam ex aliena re, suos facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet loco domini pene est* (1); che è relativa ai possessori particolari, si sostituisce, quando si tratta di possessori a titolo universale, la fiera regola di dritto: *Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint* (2).

Siffatta contraddizione però, sul trattamento che il dritto romano accorda al possessore di buona fede, secondochè possegga a titolo particolare od a titolo universale, quantunque si presenti come illogica deduzione dal medesimo principio, trova nondimeno la sua spiegazione storica per chi voglia ricordarsi della origine diversa delle due istituzioni. Consacrata nelle dodici tavole, la *hereditas* è una istituzione dell' antico dritto quiritario nella sua doppia forma di delazione: la *successio testamentaria* e la *successio ab intestato*, le quali portano entrambe le tinte severe della fierezza e del rigore primitivo. Basta pensare agli *heredes sui* che per legge decemvirale divenivano eredi *ipso jure*, anche a loro insaputa e loro malgrado; alla prevalenza del vincolo agnatizio sul vincolo cognatizio nell' ordine successorio; alla *testamenti factio calatis comitiis*, per convincersi che il *fructus augent hereditatem* sia un avanzo ed una reminiscenza di quell' epoca primitiva; in cui il principio aristocratico della proprietà e della famiglia, e la rude solennità delle forme condannavano al silenzio ogni legittima aspirazione, ogni voce sentita della natura offesa, che non trovasse

(1) Fr. 48, pr. *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.
(2) Fr. 20, § 3, *Dig.* « De hered. petit. », V, 3.

nella tirannia di quei rapporti direttamente espressione. E dove si voglia una maggiore riprova di quanto affermiamo, ci giovi ricordare come non solo per l' eredità, ma per qualunque altra universalità eziandio, anche non perfetta, per qualunque comunanza di dritti o di proprietà - le quali cose traevano tutte origine e norma dalle dodici tavole, nelle quali vengono designate col nome di *familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum* - si applicasse la massima *fructus augent hereditatem.* Troviamo difatti la sentenza di Paolo: *Non solum in finium regundorum, sed, et familiae erciscundae judicio, praeteriti quoque temporis fructus veniunt* (1). Il qual principio, nel caso di più cose comuni ed indivise, vien pure consacrato dagl'imperatori Diocleziano e Massimiano (2). — Il possesso, al contrario, ignoto perfettamente alla legge decemvirale, è una istituzione venuta su *usu exigente et humanis necessitatibus*, per pietosa concessione del pretore, che trovò libero il campo di poter dispiegare tutta la sua benefica influenza moderatrice nel regolare siffatto rapporto giuridico. Dove più si presenta spiccata l' opera innovatrice del pretore è nel possesso di buona fede, nel quale, forzando con raro ardimento le regole assolute del dritto di proprietà, fe' larga e piena applicazione del principio di equità, accordando al possessore di buona fede di far suoi i frutti raccolti dal fondo altrui, che per dritto di accessione spetterebbero al proprietario. Ma non era egualmente libera e incontrastata l'opera del pretore nel possesso ereditario, dove gli stava di fronte la fiera espressione — *fructus augent hereditatem.* Nondimeno il pretore, facendo uso di quel sapiente ed elevato ufficio, con cui, senza rompere o negare a dirittura la tradizione o scemare il rispetto alla legge delle dodici tavole, seppe tener conto dei veri e nascenti bisogni del popolo, traendo le sue ispirazioni da quelle fonti di giustizia che sovrasta a tutte le leggi

(1) Fr. 56, *Dig.*, « Fam. ercisc. », X, 2.
(2) *Leg.* 4, *Cod*, « Comm. divid. », III, 37.

scritte e che trova un' eco profonda nella coscienza umana — mantenne come massima il principio: *fructus augent hereditatem;* ma ne temperò grandemente il rigore col disporre che il possessore ereditario di buona fede fosse solo tenuto a restituire quello di cui si fosse arricchito, senza che avesse l' obbligo di render conto dei frutti consumati. Onde la sentenza di Ulpiano, che è la schietta espressione del *jus honorarium*, avvalorata poscia dall' autorità del Senato: *Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt* (1).

64. — Questa dottrina del dritto romano si trasmise, come al solito, agl' interpetri, i quali non seppero altrimenti giustificare il trattamento accordato al possessore di buona fede a titolo universale, diverso da quello consentito al possessore a titolo particolare, che servendosi delle ragioni stesse, assegnate dai giureconsulti romani; che non è da confondersi cioè il possesso di una *universitas* con quello di una *res singularis;* poichè l' *hereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet* (2). È questa la dottrina comunemente professata: *Ex fructibus etenim*, scrive colla sua autorità il Voet, *sive naturalibus, sive civilibus, puta pensionibus mercedibusque, necnon usuris ex pretio rerum hereditariarum distractarum, ante litem contestatam perceptis ac consumptis, non ultra restituendum quam quatenus inde locupletior est bonae fidei possessor tempore rei judicatae* (3). Il Vinnio mette ancora in rilievo le ragioni giustificatrici di cotesta differenza di trattamento tra il possessore di cose particolari e quello di cose ereditarie: *Non obstat quod in judicio petitionis hereditatis, possessor teneatur in quantum locupletior factus est. Non eadem in proposito judicii universalis, et rerum singularum peti-*

(1) Fr. 25, § 11, *Dig.*, « De hered. petit. », V, 3.
(2) Fr. 50 pr., *Dig.*, « De hered. petit. », V, 3.
(3) Op. cit., « De hered. petit. », lib. V, tit. III, § 15.

tionis ratio est. Nam petitio hereditatis non tantum in rem est, sed etiam praestationes personales habet, atque ut mitius cum possessore agitur in possessione hereditatis, quam in rei singularis vindicatione (quippe senatus ita possideri pro herede consuluit, ut si quid dilapidaverit, aut perdiderit dum sua re abuti putat, non teneatur), ita vicissim aequum est ut praestet, si quid lucri ex hereditate consecutus sit, eique sufficere debet si damno non afficiatur (1). Con rara felicità di locuzione si esprime in proposito il Donello: *Fructus quoque rerum hereditariarum et ipsi post mortem defuncti primum fiunt hereditarii; quam ob causam etiam in petitione hereditatis veniunt... Hocque illud est, quod veteres dixerunt, fructus augere hereditatem. Cur enim augent, nisi quia in numerum rerum hereditariarum recepti, hunc numerum augent, atque ita hereditatem ampliorem faciunt ipsi hereditarii facti? Neque vero hoc alio spectat... quam ut intelligatur hos fructus, sicut et reliquas res hereditarias, hac petitione contineri* (2).

Nell' antica giurisprudenza, in Francia, il Domat e il Rousseaud de Lacombe si attennero pienamente alla dottrina romana; ma il Pothier, senza disertarne a dirittura la bandiera, tentò di sollevare le menti a principî più razionali. Il Codice napoleonico nulla dispose di tassativo sulla petizione di eredità; onde fu sentito il bisogno dalla dottrina di attingere alle fonti del dritto romano, per quanto i suoi principî si trovassero di accordo con quelli affermati dal novello Codice. « Le Code ne posant aucune règle concernant cette importante action où puisera-t-on les principes qui la régissent?... C'est Pothier non le Digeste qui sera notre guide, et Pothier a soin de marquer les changements que le droit romain avait subis » (3). Il Codice francese intanto

(1) Op. e loc cit., § 10.
(2) *De juri civili*, lib. XXIX, cap. XIII, n. 13.
(3) LAURENT, vol. IX, n. 503.

contiene gli articoli 549 e 550, dei quali il primo stabilisce che il possessore di buona fede, senza che tale espressione venga limitata ad una classe invece di un' altra di possessori, fa suoi i frutti; ed il secondo determina le condizioni occorrenti perchè il possessore in generale possa reputarsi di buona fede.

Tali disposizioni del Codice napoleonico debbono reputarsi derogatorie del principio romano, in virtù del quale il possessore ereditario di buona fede è tenuto a restituire ciò di cui siasi arricchito, o ne sono invece una splendida conferma, limitando la loro efficacia solo al possessore di buona fede a titolo particolare? Quest' ultima, come abbiamo notato, è l' opinione del Laurent. La maggioranza degl' interpetri però si attiene all' opposta sentenza, facendo assegnamento, non pure sui termini generali in cui sono concepiti gli articoli sopra citati, ma fondandosi altresì sulla disposizione dell' articolo 138, dove riguardo all' assente vien disposto: « Ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi »; facendosi così, nel caso particolare, perfetta applicazione della massima generica dettata negli articoli 549 e 550. « L' erede apparente », scrivono gl' illustri Aubry e Rau, « fa suoi i frutti derivanti da una eredità, alla quale credevasi chiamato, e di cui più tardi soffre evizione »; ed in nota aggiungono: « La massima *fructus augent hereditatem* non è applicabile in simile caso » (1). Con maggiore larghezza si esprime il Demolombe: « Ogni causa che, secondo la legge, è per sua natura traslativa di proprietà, potrà fare un possessore di buona fede. Or la proprietà dei beni si acquista non solo coi contratti o cogli atti a titolo oneroso, colla vendita, colla permuta, col pagamento, ecc., ma altresì con donazione tra vivi, con costituzione di dote, con *testamento*, con *successione*. Adunque il possessore sarà di buona fede quando

(1) Op. e vol. cit., § 201, testo e nota 10; vedi pure vol. II, § 616, testo e nota 19.

possederà come proprietario, in virtù di una causa che fosse legalmente traslativa di proprietà, non solo a titolo oneroso *pro emptore*, ma eziandio a titolo gratuito *pro donato*, *pro dote;* non solo per l'effetto di un contratto, ma altresì per l'effetto *di un testamento*, *pro legato*, *pro dote*, *pro herede* » (1). « Non seulement », conclude il Dalloz, « au reste, le possesseur de bonne foi gagne les fruits des immeubles qu'il possède à titre singulier, mais encore les fruits des biens qu'il possède à titre universel. Il en était autrement dans le droit romain et sous l'empire de l'ancienne jurisprudence » (2).

65. — Il Codice italiano, seguendo l'esempio del Codice francese, non porge alcuna disposizione tassativa sulla petizione di eredità; e se vogliamo credere al Pacifici-Mazzoni, la cui autorità, per questa parte, ci sembra fuori controversia, « la espressione *petizione di eredità* incontrasi soltanto nell'articolo 44 del Codice civile e nell'articolo 94 del Codice di procedura civile » (3).

A qual partito ci appiglieremo nel silenzio della legge? Il campo è stato già preoccupato dal Borsari, la cui dottrina abbiamo sopra esposta, perchè ci trovassimo liberi nelle nostre mosse; ma è bene risolvere una quistione pregiudiziale, la cui soluzione ci renderà più agevole quella della quistione che principalmente ci riguarda. L'erede apparente di buona fede, sì per testamento, di cui ignora la rivocazione, sì per legge, ignorando la esistenza di più prossimi congiunti, può dirsi serbare, nei rapporti col vero erede che rivendica il patrimonio ereditario, la qualità di terzo tanto necessaria a metter su l'attinenza giuridica del possesso? — Quanto all'erede apparente per legge, non è da farsene oggetto di dubbio; poichè nessun vincolo contrattuale o testamentario

(1) Vol. V, n. 599.

(2) *Répert.*, v. « Propr. », § 290; DURANTON, vol. I, n. 583; PROUDHON, vol. II, n. 548; TOULLIER, vol. III, n. 110.

(3) *Delle success. comm.*, vol. V, n. 102.

lo ha mai legato al defunto o al suo vero e legittimo erede. Egli si è posto in possesso dei beni ereditarî in virtù della legge; giacchè, ignorando di esservi altri prima di lui chiamati alla successione, si è creduto in buona fede il legittimo successore dell'estinto: sarà quindi un terzo possessore nei rapporti col vero erede che rivendica il patrimonio ereditario.

L'opposta sentenza parrebbe a prima giunta doversi seguire nell'altra ipotesi, in cui si è possessore del patrimonio ereditario, in virtù di un testamento indi rivocato; ma un lieve esame, siamo sicuri, ci convincerà del contrario. Il testamento, senza dubbio, è un atto unilaterale, rivocabile a volontà sino alla morte: *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (1); epperò non essendo obbligatorio riguardo al testatore il mantenimento del medesimo, la sua rivocazione effettiva non lascia alcuna traccia di rapporto personale tra il testatore ed il presunto erede. Da ciò la conseguenza che, mentre la *testamenti factio* produce, quando è mantenuta, un vincolo di continuità tra la persona del defunto e quella dell'erede istituito che accetta, esclude invece ogni vestigio di legame giuridico, quando è rivocato, fra siffatte persone che mai si sono avvicinate ed accordate fra di loro. Vi era stato, è vero, un progetto di avvicinamento e di rapporto universale tra il defunto e la persona designata alla sua successione, ma la rivocazione lo ha soppresso; onde son rimasti estranei quali erano prima pel passato. Ma il testamento, anche rivocato, se la persona già nominata erede ignora la seguita rivocazione, è per essa un titolo abile a trasferire il dominio, formato in piena regola, e spesso immune da qualunque vizio, che possa offenderne la validità. Cosa le osta adunque a che divenga il legittimo successore del defunto? Non altro che l'esistenza del vero erede, la quale egli ignora, appunto come il possessore a titolo particolare ignora l'esi-

(1) Fr. 4, *Dig*, « De legat. », XXXIV, 4.

stenza del vero proprietario. Entrambi si trovano nell' identica condizione: posseggono invero un titolo abile a trasferire il dominio, ignorando perfettamente la esistenza del vero proprietario, e quando questi rivendica la cosa singolare od universale, si trovano entrambi con lui nel rapporto di terzi. Se la rivocazione del testamento, difatti, annulla ogni vestigio di rapporto tra il testatore e l' erede apparente, qual rapporto personale potrebbe mai correre tra questo e il vero erede che, continuando di dritto la persona del suo autore, non può avere, come rappresentante di costui, maggiori rapporti, o d' indole diversa, di quelli che questi abbia già avuto?

66. — Ma alla identità nel carattere giuridico di terzo del possessore a titolo universale nel rapporto con quello a titolo particolare, può dirsi che risponda altresì l' identità nelle condizioni fondamentali, e nelle cause giustificatrici del trattamento di favore accordato a quest' ultimo, o vi fa ostacolo la parola o lo spirito della legge? È un esame assai grave che bisogna tentare; ma vogliamo confidare, che la guida dei principî non ci faccia smarrire il giusto sentiero nell' oscura ricerca.

Premettiamo, anzitutto, che l'art. 701 adopera l' espressione generica *titolo*, determinata solo dall' epiteto che sia *abile a trasferire il dominio:* onde una prima considerazione che non è dato allo interpetre distinguere là dove la legge non distingue. La parola *titolo*, adoperata senza riserva o limitazione alcuna dal legislatore, deve estendersi naturalmente a qualunque specie di possesso, qualunque sia la causa da cui derivi: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi ejus quod nostrum non sit: velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo... Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae* (1). Un altro argomento, ricavato appunto dal dritto romano, conferma meglio

(1) Fr. 3, § 21, *Dig.*, « De adqu. poss. », XLI, 2.

l'opinione che intendiamo sostenere. Imperciocchè i giureconsulti che, per motivi storici speciali, dovettero adottare un trattamento diverso tra i possessori a titolo particolare e quelli a titolo universale, furono assai accorti, per evitare qualunque equivoco potesse sorgere dalle loro parole, nel restringere, sempre che il caso lo richiedesse, le loro allusioni alla semplice classe dei possessori particolari, solo i quali avevano il dritto di acquistare interamente i frutti percepiti. Nelle Istituzioni, difatti, comunque si adoperi una disposizione generica per denotare l'effetto dell'acquisto dei frutti, pure dal contesto della medesima e dagli esempi ivi addotti si ricava benissimo, come dei soli possessori a titolo particolare s'intenda tener parola: *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit; naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura* (1). Anche nel Digesto occorrono sempre siffatti esempi (2). Ciò dimostra, a chiare note, come in dritto romano la distinzione, nel trattamento dovuto ai possessori di buona fede, non era fatta dagli interpetri, ma stava nella legge. Ed osserviamo ancora, che nel dritto romano, oltre le limitazioni adoperate dai giureconsulti nell'uso dei vocaboli per denotare effetti giuridici diversi, vi ha pure una parte speciale, il titolo sulla *petizione di eredità*, dove si deroga espressamente e nel modo più largo ed evidente, pei possessori a titolo universale, alle regole generali stabilite negli altri titoli, per determinare i dritti spettanti sui frutti della cosa altrui ai possessori di buona fede a titolo particolare.

Or noi sfidiamo gli avversari a trovare nel Codice italiano una sola disposizione, la quale limiti il significato generico dell'articolo 701 ad una classe di possessori piuttosto

(1) § 35, « Instit. de rer. div. », II, 1.

(2) Fr. 48 pr., *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1; fr. 25, § 1, *Dig.*, « De usurp. », XXII, 1; fr. 109, *Dig.*, « De verb. signif. », L, 16.

che ad un'altra; anzi avremo agio di dimostrare in seguito come sia appunto il contrario. Un' ultima osservazione, derivante dal contesto delle disposizioni del Codice, ci sembra decisiva. L'articolo 701 richiede un titolo abile a trasferire il dominio: quali siano tali titoli lo dice in modo inconcusso l'articolo 710, che è il primo del libro terzo del Codice, sotto la rubrica — *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri dritti sulle cose,* così formulato: *La proprietà e gli altri dritti sulle cose si acquistano e si trasmettono per successione, per donazione e per effetto di convenzione* (capov. art. 710). Dopo la disposizione precisa ed evidente di siffatto articolo, che colloca le successioni in prima linea tra' modi di trasmettere la proprietà, ci sembra soverchio l'insistere per dimostrare che l'articolo 701 sia illustrato dall'articolo 710; e che quindi non possa, per veruna ragione, rivocarsi in dubbio che in quello, come i possessori a titolo particolare, debbano altresì ritenersi compresi i possessori a titolo universale.

67. — Quando poi s'interroga lo spirito della legge, ci accorgeremo facilmente, che le ragioni giustificative del favore accordato al possessore di buona fede, lungi dal perdere o scemare di efficacia, si rivelano più urgenti e più imperiose nel possesso ereditario. Se il fondamento giuridico della protezione accordata al possesso di buona fede consiste razionalmente nelle guarentigie dovute alle legittime aspettative di colui che, forte della coscienza del proprio dritto, vuole ed opera per mantenerlo ed esplicarlo conforme ai veri fini della natura; e nella giusta pena inflitta a colui che, sprezzante o incurioso del proprio dritto, lascia che altri voglia e faccia in vece sua: siffatte condizioni concorrono egualmente come nel possesso dei beni singoli, così nel possesso delle universalità. Questo premio e questa pena che, mostrandosi nell'ordine giuridico l'espressione profonda del principio di giustizia, si risolvono praticamente nella somma dei dritti acquistati dal possessore in confronto di quelli perduti dal proprietario, esercitano d'altra parte

un benefico impulso ed una salutare influenza nell' ordine economico; poichè, negli uni colla certezza della ricompensa e negli altri con quella della decadenza, afforzando in tutti il sentimento e l' osservanza del dovere come condizione per l' esercizio e la conservazione del dritto, promuovono immensamente quella gara operosa di capitale e di lavoro, che tanto serve ad accrescere la produzione ed a favorire la migliore ripartizione della ricchezza.

Rimanendo gli stessi i motivi che giustificano giuridicamente la protezione apprestata al possesso di buona fede, poichè la loro efficacia dipende meno dalla somma delle utilità che possono praticamente apportare, che dalla evidenza dei principî sui quali riposano; riescono meglio e più largamente, nel possesso ereditario, giustificati i motivi economici. Perciocchè, trattandosi di patrimonî interi, come maggiore è la somma dei fondi produttivi che concorrono a costituirli, più vivo è l' interesse sociale impegnato a promuovere quei provvedimenti, che tendono al fine elevato di accrescere la produzione e migliorare l' assetto della ricchezza sociale.

Il possesso — questa muta e modesta parola consacrata sempre nei Codici delle nazioni civili, e ricordata spesso con quella indifferenza onde il botanico ricorda la natura e le funzioni delle piante, e il mineralogo la composizione e la forma delle rocce — chi nol sa di quanta vita, di quante forze non sia ricca, quando si consideri come elemento sociale vivente e battagliero, segno a tante passioni e così vivi contrasti? Il possesso è una delle forme più feconde in cui s' incarna la lotta perenne tra i proprietari e gli operai, o se si vuol meglio tra' vecchi e i nuovi proprietari; lotta che conta le sue pose e le sue vicende, ma che il tempo ha risoluto sempre in favore dei secondi. — Ignoto alle dodici tavole, il possesso, disgiunto dalla proprietà, trova protezione e favore negl' interdetti del pretore. Il Niebhur attribuisce l' origine degl' interdetti alla necessità di proteggere i detentori dell' *ager publicus;* protezione che fu

poscia estesa ai detentori dell' *ager privatus* (1). Siffatta opinione, se pur potesse mettersi in forse per manco di documenti storici più o meno giustificativi, avrebbe sempre per sè pieno e incontestato il suffragio della ragione; poichè il fatto del possesso risponde perfettamente al bisogno sociale di allargare il campo della produzione, reso insufficiente dalle cresciute dimande della popolazione, col mettere a cultura terreni prima incolti ed abbandonati: e primi ad essere occupati sono necessariamente i fondi pubblici, dove maggiore è l'abbandono, più facile e sicura l'occupazione. Nel medio evo, in quel rimescolarsi confuso di popoli e di cose, in quell'ardente vicenda di usurpazioni e di contrasti, il fatto prese il luogo del dritto, ed il possesso vinse spesso in prerogative la proprietà medesima; onde l'adagio divenuto famoso — *beati possidentes.* — La Chiesa, che pur condannò la violenza e la conquista, non seppe negare come principio la legittimità del possesso; ma si studiò invece di rendere più morale e meglio ordinata siffatta istituzione. E i Codici moderni, nel raccogliere la doppia eredità del dritto romano e del dritto canonico, han pur tenuto conto dei nuovi bisogni e delle mutate condizioni dei tempi. Onde, se si mostrano da una parte più rigorosi nell'esigere l'adempimento delle condizioni legali e delle forme probatorie, che servono a giustificarne l'origine ed a provarne l'esistenza, pongono d'altra parte ogni cura per allargare la base del possesso, rendendolo più ricco di applicazioni e più fecondo di conseguenze giuridiche, dirette ad assicurare la maggiore stabilità della proprietà immobiliare e la più rapida circolazione della proprietà mobiliare, che è pur tanta parte della ricchezza moderna.

Così il còmpito del dritto moderno è stato quello di conciliare la stabilità col movimento, la sicurezza colla rapidità. Come nell'ordine pubblico gli alti uffici dello Stato, così nell'ordine privato la direzione delle industrie e della pro-

(1) Op. cit, vol II, pag. 173 e seg.

prietà dei terreni e delle fabbriche appartiene ai più capaci; ed è dalle file delle classi gagliarde di vigoria e di fede ch' esce la schiera di coloro che aspirano perpetuamente agli uni ed alle altre. Potranno i vecchi conservatori mantenere nelle loro mani il possesso dei pubblici uffici e della proprietà, se, rinvigoriti dal soffio novello di vita che agita le società moderne, comprenderanno i tempi, ed avranno la forza e l'accorgimento necessarî per interpetrarne i bisogni, seguirne le tendenze, secondare il moto operoso che è la leva più potente del benessere sociale: se no, nella lotta fatale della esistenza, periranno essi, si trasformerà, ma resterà imperitura la proprietà.

Se la legislazione davvero è l' espressione vivente della coscienza nazionale del dritto, essa non può non tener conto dei nuovi bisogni e delle mutate condizioni della società, le quali reclamano che la proprietà risponda all'alto fine cui natura l' ha ordinata. A che evocare certe teoriche cristallizzate del dritto romano, che il tempo ha poste al bando della scienza, quando l' umanità si muove e si agita in una vita, in una coscienza, in un' atmosfera novella? È bene intanto il dichiararlo, che la dottrina romana sulla petizione di eredità, reminiscenza dell'antico dritto quiritario, è sconfessata da gran tempo. Il Laurent si vanta di prendere a guida in siffatto esame la dottrina del Pothier, che ispirò i redattori del Codice napoleonico; ma non si accorge che tale invocazione è la maggior condanna della sua opinione; poichè il Pothier, facendosi organo potente delle mutate condizioni sociali, pare che voglia in questa parte discostarsi recisamente dalla dottrina del dritto romano. « Se presumesi », egli scrive, « che un padre di famiglia conservi i suoi fondi, si presume al contrario che egli consumi le sue entrate, spendendone il prodotto nelle bisogna domestiche; così il possessore di buona fede, riguardando come sue rendite i frutti che percepisce dai beni di una eredità che crede appartenergli, pare che si dovrebbe presumere che egli le abbia spese sia col vivere più lautamente, sia col-

l' erogarle in elemosine, e che non se ne sia punto arricchito, finchè non si provi il contrario; *che quindi dovrebbe essere esentato dall' obbligo di rendere conto dei frutti.* Ciò non pertanto fa d' uopo convenire che la pratica del foro francese è in ciò contraria, giacchè esigesi da colui che si è messo in possesso di una eredità, che renda conto dei frutti all' erede che lo ha evinto » (1). La dottrina prevalente in Francia, come abbiamo sopra avvertito, è in aperto contrasto colla dottrina romana: Il Laurent, che ha reso un gran servigio alla scienza, richiamando molte istituzioni al rigore dei principî, qui, ci si consenta la parola, ha fatto mala prova della sua ordinaria elevatezza d' ingegno.

68. — Nel Codice italiano intanto, malgrado l' evidenza dei principî anzi esposti, un nuovo argomento testuale della legge fa cessare ogni dubbio. È la disposizione dell' articolo 933, dove, nell' ultimo capoverso sta detto: *L' erede apparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della dimanda giudiziale.* Questa locuzione, come pure l' altra dell' articolo 45 relativo ai successori di buona fede dell' assente, si mostra pienamente conforme a quella dell' articolo 703. In tutte tre le ipotesi contenute in siffatte disposizioni, unico è il principio sanzionato: il dritto di acquistare i frutti percepiti in coloro che posseggono di buona fede la cosa altrui, sia cosa singola, sia università. La legge in nessuna di tali ipotesi ci dice quali siano le condizioni di cui debba esser fornito e quali i precetti cui debba ottemperare il possessore, perchè possa pretendere legittimamente all' acquisto dei frutti. Ma, se identici sono gli effetti che vengono a prodursi, identica deve essere la causa che li produce. E se nel Codice non vi ha altra disposizione che determini le condizioni e i caratteri del possessore di buona fede, fuori quella dell' articolo 701, bisogna convenire che questo contenga un principio assoluto, applicabile ogni qual volta si tratti di voler

(1) *Dominio e proprietà,* n. 430.

definire la nozione giuridica del possessore di buona fede. « È principio generale », dice benissimo il Pacifici-Mazzoni, « scritto nell' articolo 701: essere possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignori i vizi. L' erede apparente, adunque, per essere di buona fede, deve trovarsi in queste condizioni, deve cioè possedere i beni ereditari, come erede, in forza di un titolo abile a trasferirgli l' eredità, e di questo titolo deve ignorare i vizi » (1).

Se nel Codice francese può ancora manifestarsi ombra di dubbio intorno all' applicabilità della dottrina romana sulla petizione di eredità, relativamente ai frutti che si acquistano dall' erede apparente di buona fede; siffatta dottrina, mediante l' articolo 933, può dirsi completamente abrogata nel Codice italiano. La deviazione dai principî, applicati comunemente ai possessori a titolo particolare, che si scorge nel dritto romano riguardo ai possessori ereditarî, si deve, come abbiamo avuto occasione di notare, piuttosto ad accidenze storiche che a necessità logiche. Cessate quelle nel dritto moderno, non vi ha più ragione d' invocare una teoria, la quale ha avuto bisogno di ricorrere alla finzione per poter legittimare un trattamento diverso in condizioni identiche. Anzi si è visto come tale finzione, indeclinabile per dritto decemvirale, sia venuta mano mano a temperarsi per dritto pretorio; abbia perduto il suo spirito, quantunque abbia serbato la sua autorità presso gl' interpetri del dritto romano; come sia scemata anche di autorità presso Pothier; come debba infine ritenersi abrogata interamente, per la consacrazione generale ed assoluta del principio opposto, nel Codice francese. Ciò non ostante, il legislatore italiano ha voluto farne obbietto di una disposizione speciale e tassativa nel capoverso dell' articolo 933, nel fine di cancellare qualunque traccia di dubbio, come in Francia, potesse pre-

(1) Op. e vol cit., n. 121. Nello stesso senso TARTUFARI, op. cit., vol. II, n. 395.

sentarsi nella pratica. Per la qual cosa emerge assai chiaro il concetto della legge nell'assicurare l'identico trattamento a qualunque possessore di buona fede; di essere cioè unico il principio, identiche le condizioni fondamentali che debbano giustificare la produzione del medesimo effetto giuridico. Onde la logica necessità di riguardare l'articolo 701 come quello che pone le norme generali, alle quali deve sottostare ogni possessore di buona fede, così a titolo particolare, come a titolo universale, se vuole giustamente aspirare al beneficio dell'acquisto dei frutti.

69. — Questo principio ci sembra inconcusso, poichè rampolla direttamente dalla parola e dallo spirito della legge; ma non può dirsi salda la nostra partita se, nei casi di erede apparente sopra enunciati, non si è in grado di avvisare un possessore di buona fede, munito di titolo reale di trasferimento. Il Pacifici-Mazzoni non vede che un semplice titolo putativo: « La buona fede », egli scrive, « può aversi anche mediante il solo titolo putativo; tanto se il possessore creda, ecc., quanto se creda avere il titolo che in fatto gli manca, come se possegga un'eredità o un legato, a cui in fatto non ha dritto, o per l'esistenza di più prossimi parenti o per l'inesistenza o revoca del testamento » (1). Lasciamo per ora di parlare del caso in cui il testamento non esiste; ed occupiamoci di quelli solamente in cui si possiede una eredità o in virtù di testamento di cui s'ignora la rivocazione, o in virtù della legge ignorando l'esistenza di più prossimi congiunti. In tali casi può dirsi che si abbia un titolo reale di traslazione, ovvero la buona fede sussiste in forza di un titolo semplicemente putativo? Per coloro, come il Pacifici-Mazzoni, che ammettono la dottrina dei titoli putativi, la quistione non presenta importanza; ma per noi, che ci siamo studiati di mostrarne l'inapplicabilità nel Codice italiano, sarebbe capitale la conseguenza

(1) *Istituz.*, vol. III, n. 188. In senso contrario TARTUFARI, op. cit., vol. II, n. 396.

se nelle due ipotesi enunciate dovesse scorgersi un titolo putativo, invece di un titolo reale di trasferimento. Vediamo, adunque.

Allorchè la legge richiede un titolo nel possessore perchè lo abiliti all'acquisto dei frutti, non è che vuole un titolo derivante dal proprietario; chè in tal caso non è d'uopo della legge per prodursi cotesto effetto, avverandosi in piena regola il trasferimento della proprietà nell'acquirente, il quale, più che semplice possessore, sarebbe proprietario a dirittura, cui i frutti spetterebbero per dritto di accessione. Nè occorrerebbe meglio una disposizione speciale della legge per affermare che il possessore in buona fede di una eredità ne acquisti i frutti, laddove egli potesse contare su di un testamento non rivocato, o fosse al caso di vincere, per prossimità di parentela, la concorrenza di tutti i congiunti chiamati alla successione di una persona; poichè in tal caso, essendo il proprietario effettivo dei beni che compongono l'eredità, lo sarebbe pure dei frutti. Bisogna dunque ammettere che, tanto nella ipotesi di un possessore particolare, quanto in quella di un possessore universale, non si abbia da questi un titolo effettivamente traslativo di proprietà. Se vuol prendersi in tal senso l'espressione di *titolo putativo*, si ha titolo putativo dall'uno, titolo putativo dall'altro, non potendosi da alcuno di essi farsi assegnamento su di un titolo che abbia trasferito realmente la proprietà delle cose. Ma per titolo putativo s'intende comunemente la supposizione di un titolo che non esiste di fatti, perchè mai è stato posto in essere, come: se taluno supponga di aver comprato una cosa per mezzo del suo procuratore, mentre questi non ha stipulato contratto di sorta a pro del mandante (1); o, per la identità del nome, si reputi chiamato ad una successione come erede o beneficato come legatario, mentre altri in realta è il vero erede e il vero legatario (2); ovvero

(1) Fr. 11, *Dig.*, « Pro empt. ». XLI, 4.
(2) Fr. 4, *Dig.*, « Pro legat. », XLI, 8.

creda che una cosa formi parte di un'altra o sia compresa in una universalità, mentre non lo è di fatti (1). In tutti questi casi non può dirsi ch'esista un titolo di traslazione a pro del possessore; poichè o il titolo manca affatto o non è per lui. La nozione del *titolo putativo* adunque non è il contrapposto di un titolo che abbia la efficacia reale di trasferire effettivamente il dominio delle cose; ma di un titolo bensì che ne abbia la efficacia legale; che sia abile cioè a trasferire il dominio, perchè possiede tutte le condizioni volute a tal uopo dalla legge, ma che nol trasferisce di fatti per un vizio intrinseco, indipendente dal valore legale del titolo che ne rende impossibile la traslazione. — Se così è, possiamo dire francamente che si ha titolo putativo dal possessore particolare quando reputi di aver comprato per mezzo del suo procuratore, mentre non ha comprato effettivamente; poichè il titolo di trasferimento in tal caso non pure non ha efficacia giuridica, ma neanche esistenza materiale. Ed al contrario, diremo che si ha un titolo reale dal medesimo possessore particolare quando egli, sebbene non abbia comprato dal vero proprietario, pure ha stipulato con un terzo un contratto di compra e vendita a suo favore, mediante il quale gli è stato trasferito il dominio di una cosa. Il titolo di traslazione, in tal caso, esiste a norma della legge; ma non produce l'effetto di trasferire la proprietà, perchè trova ostacolo nel dritto del vero proprietario. *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio, sed res emptori auferri potest* (2).

Applicando siffatti principî al successore universale, ci riesce agevole la soluzione del dubbio se mai, nelle due ipotesi sopra enunciate, di eredi apparenti in buona fede possa dirsi che si abbia un titolo reale di trasferimento; ovvero, come pretende il Pacifici-Mazzoni, un semplice titolo

(1) Fr. 3, *Dig.*, « Pro her. », XLI, 5.
(2) Fr. 28, *Dig.*, « De contrah. empt. », XVIII, 1.

putativo. Esaminiamo brevemente l'una e l'altra ipotesi. — Chiunque, in virtù di testamento fatto a suo favore, ignorandone la rivocazione, s'immette nel possesso di una eredità, ha nel testamento un titolo reale di trasferimento, pari in efficacia giuridica a quello di chi ha comprato in buona fede dal non proprietario una cosa particolare. L'uno ha un titolo universale, l'altro particolare; entrambi hanno un titolo atto a trasferire il dominio, alla cui efficacia osta la esistenza del vero erede nel primo, la esistenza del vero proprietario nel secondo caso. Che monta se il testamento rivocato sia l'opera di colui che può trasmettere la proprietà delle cose in esso contenute, mentre il contratto di vendita è l'opera di chi non può trasmetterla? è una mera accidentalità che a nulla mena d'importante. Il testamento è bensì un atto unilaterale, che abbisogna dell'accettazione perchè divenga produttivo di effetti giuridici; ma, data l'accettazione, vale quanto il contratto di vendita, potendo così l'uno come l'altro trasmettere benissimo la proprietà delle cose. Se vi ha un ostacolo a che la proprietà venga trasferita effettivamente, non è che fuori di essi: sia perchè esiste il vero erede, sia perchè esiste il vero proprietario; ma il testamento in sè, quando se ne ignora la rivocazione, si annunzia legalmente, al pari del contratto di vendita, come titolo reale abile a trasferire il dominio. L'idea del titolo putativo sorgerebbe solo, quando taluno entrasse nel possesso di una eredità in virtù di testamento supposto che mai sia stato messo in essere; poichè la esistenza del testamento in tal caso, essendo un concetto della mente anzichè una realità, può dirsi benissimo che si abbia un titolo semplicemente putativo. Non parliamo del testamento nullo, perchè dovremo occuparcene allorchè tratteremo dei vizi del titolo. — Valga lo stesso principio per l'erede apparente che, ignorando la esistenza di più prossimi congiunti, s'immette nel possesso delle cose ereditarie. Il suo titolo è eminentemente reale, e risiede nella legge, la quale, trovandolo in un grado di parentela efficace per aspirare alla successione, lo chiama

all' eredità del defunto. La legge, come il contratto, è fonte di dritti: colui che si trova in uno dei gradi riconosciuti dalla legge possiede, fuori dubbio, un titolo reale; ma questo nella specie non può produrre l'effetto di operare la delazione dell' eredità, perchè esiste il vero erede nella persona di colui che, con più prossimi vincoli di parentela, si trova legato alla persona di cui si apre la successione. Se vuol aversi un esempio di possessore ereditario per virtù di semplice titolo putativo, esso si trova: o in colui che si reputi concepito prima dell'apertura della successione, o in colui che, pur trovandosi nel grado richiesto dalla legge, non può come indegno aspirare alla successione. In ambe queste ipotesi il titolo manca; e se, ciò malgrado, taluno s' immette nel possesso dei beni ereditari, ignorando le cause della sua incapacità a succedere, non può dirsi che si abbia un possessore di buona fede qual'è voluto dalla legge, essendo il suo possesso sorretto da semplice titolo putativo. Possiamo affermare adunque che, tanto se si possegga un'eredità in virtù di testamento, di cui ignorasi la rivocazione; quanto se si possegga in virtù della legge, ignorando la esistenza di più prossimi congiunti, si ha sempre un titolo reale di trasferimento dal possessore ereditario.

70. — Avendo dimostrato, nelle due ipotesi precedenti, l' esistenza di un possesso di buona fede a titolo universale, al quale si applica la disposizione dell' articolo 701, e nel quale concorrono tutte le condizioni dal medesimo richieste, può dirsi raggiunto lo scopo del nostro esame. Ma sentiamo il debito, prima di chiudere questo capitolo, di porre in rilievo una opinione del Borsari intorno alla buona fede relativa al possesso ereditario; la quale, per la sua novità e per l' autorità dello scrittore, come può essere di grandissimo giovamento, se vera; così può essere di non minore nocumento, se falsa. Abbiamo notato (1), com' egli si unisca al Laurent nel negare la identità del possesso di buona fede

(1) Vedi n. 62 di questo capitolo, pag. 152.

a titolo particolare con quello a titolo universale; ma mentre questi, mancando una disposizione apposita nel Codice francese che parifichi espressamente gli effetti sorgenti nelle due specie di possesso di buona fede, può farsi forte invocando la dottrina del dritto romano, il quale dispone che, il possessore di buona fede di una eredità è sempre tenuto a restituire ciò di cui siasi arricchito; quegli invece, per la disposizione evidente dell' ultimo capoverso dell' articolo 933 del Codice italiano, non potendo più insistere sulla diversità degli effetti, limita la sua pretesa a sostenere la diversità delle condizioni giuridiche, secondochè si tratti di doversi originare il possesso di buona fede a titolo universale o quello a titolo particolare. « Nei Codici moderni », egli scrive, « la buona fede è o non è, e non v' ha dei gradi. Talvolta la legge appone delle condizioni alla sua esistenza e può vedersi nell' articolo 701 e a certi effetti dell' acquisizione; in altri casi, come nell' articolo 707 e nel presente (art. 933), accetta la buona fede di puro senso interno; fa di più, la presume, salvo l' esame delle obbiezioni che vi posson esser fatte. Semplice ed uno nel suo concetto, il Codice italiano, fissa il limite del tempo oltre il quale la buona fede più non esiste; quanto al passato i frutti percetti sono acquistati, benchè non ancora consunti » (1). Qualunque sia il valore intrinseco di questa dottrina del Borsari, essa pecca nella forma; essendo enunciata dal chiaro scrittore con tale un' aria di dogmatismo, da far parere che voglia imporla anzichè discuterla. E la ragione ci è; chè il vizio di forma dipende dal vizio di sostanza, non potendo resistere la sua dottrina alla prova dell' esame. Tentiamolo questo esame, e vediamo un poco quanto di vero ci sia nella opinione del Borsari.

71. — Se vogliamo esordire col trar partito dall' autorità altrui, diciamo che la sua dottrina non ha trovato accoglienza negli scrittori. « Il ch. Borsari », scrive il Tartufari, « è di contrario avviso, ritenendo che la definizione

(1) Borsari, op. cit., vol. III, § 2020.

dell'articolo 701 sia particolare agli effetti ricordati negli articoli che lo seguono immediatamente, e che altrove alla buona fede debbasi dare un senso di valore diverso, secondo le circostanze. Ma cotesta opinione è del tutto arbitraria, avversa alla economia delle leggi, non sostenuta da alcun testo » (1). Ed ora, venendo alla parte nostra, crediamo di poter affermare che la disposizione assoluta dell'articolo 701, il quale non distingue tra possesore a titolo particolare ed a titolo universale, basti da sola a statuire il principio, ch' essa, ponendo in termini generali le condizioni costitutive del possessore di buona fede, debbano queste necessariamente concorrere ogni qual volta si tratti di doversi produrre gli effetti determinati dalla legge. Onde la logica necessità di ravvisare nelle identiche disposizioni degli articoli 45, 703, e dell'ultimo capoverso dell'articolo 933, anzichè principî diversi, la medesima conseguenza di unico principio, quello consacrato dall'articolo 701, al quale bisogna tutte coordinarle, se vuolsi vedere rispettata la logica, e salva in ogni caso la giustizia del legislatore. Ma questo non giova ripeterlo, essendoci diffusi abbastanza in altro luogo per mettere in chiaro siffatto concetto: ci preme invece di portare un brevissimo esame sugli argomenti escogitati dal Borsari a sostegno della sua opinione.

72. — Con un' affermazione assoluta egli dice: « la legge nell' articolo 707, e nel capoverso ultimo dell' articolo 933, accetta la buona fede di puro senso interno ». Donde tragga gli elementi di tale affermazione il chiaro scrittore, noi non sappiamo: sappiamo solo, ch' essendovi unica definizione legale del possesso di buona fede nel Codice, quella dell' articolo 701, bisogna ricorrere a questo per conoscere se, in qualunque caso, possa presentarsi all' esame, concorrano esattamente le condizioni fondamentali richieste dalla legge;

(1) Op. e vol. cit., n. 396 Nello stesso senso PACIFICI-MAZZONI, *Delle success. comm.*, vol V, n. 121; BIANCHI, *Corso elementare di Diritto civ. ital*, vol. I, n. 706.

salvo che nella specie la legge medesima, per motivi particolari, vi porti eccezione, la quale sempre ha un valore restrittivo. Or il caso regolato dall' articolo 707 può dirsi veramente eccezionale; e non trova riscontro in veruna altra disposizione analoga del Codice, essendo affatto unico il principio in esso consacrato. Siffatto principio sta in ciò appunto: nel negare, cioè, al proprietario di beni mobili il dritto di esercitare la vindicazione contro il terzo possessore in buona fede dei medesimi, per poterli riacquistare. Se questa massima costituisca una regola generale ed assoluta, ovvero debba reputarsi una semplice eccezione, è controverso tra gli scrittori: la maggior parte è per la regola (1), taluni insistono per l' eccezione (2); ma ciò non importa per la nostra quistione. Il principio adunque dell' articolo 701 è, che contro il terzo possessore in buona fede di cose mobili non è ammessa la vindicazione. I motivi di tale disposizione eccezionale sono: l' idea di agevolare la rapida circolazione dei beni mobili tanto necessaria al commercio, la difficoltà di poterne accertare la loro identità nei molteplici passaggi, l' idea infine di evitare il dispendio dei litigi, reso più deplorevole dall' interesse di molti impegnati nel moto vertiginoso del commercio mobiliare. Cotesto principio, giustificato da tali motivi, piglia la sua forma di attuazione, mediante la presunzione elevata dalla legge che: *Riguardo ai mobili per loro natura, ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l' effetto stesso del titolo* (art. 707). La legge adunque riconosce nel fatto solo del possesso dei mobili l' efficacia medesima del titolo. Ma in qual senso deve assumersi siffatta disposizione? fin dove si estende il valore dell' eccezione e donde comincia di nuovo il valore della regola?

(1) Aubry e Rau, vol. I, § 186; Troplong, *Prescript.*, n. 1052; Laurent, vol. XXXII, n. 540; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, vol. III, n. 183.

(2) Vazeille, *Prescript*, vol. II, n. 674; Tartufari, op. cit., vol. I, n. 47 e seg.

Il principio eccezionale dell' articolo 707 si presenta assai limpido: la legge assolve il possessore di mobili dall' obbligo di presentare un titolo che giustifichi la origine del suo possesso. Ma per titolo qui deve intendersi la parte esterna o probatoria del titolo — *atto, documento* — non la parte interna che è la causa generatrice del possesso; essendo inconcepibile altrimenti un possesso di buona fede senza una *justa causa possidendi.* — Nè a questa stessa eccezione deve darsi un significato assai più largo di quello che veramente si abbia; poichè è noto a tutti come per costatare la trasmissione dei mobili non si addimandi dalla legge alcuna forma od atto solenne, la mancanza del quale produca l' inesistenza del titolo; non essendovi altro limite fuori quello imposto all' ammissibilità della prova (art. 1341), limite del resto che nelle contrattazioni commerciali non viene rispettato dal legislatore medesimo (art. 92 Cod. di comm.). La eccezione adunque dell' articolo 707, di fronte all' art. 701 sta in ciò, che mentre per questo, acciò il possessore si presuma di buona fede, è mestieri ch' egli presenti un titolo effettivo di traslazione; basta per quello, acciò la presunzione di buona fede abbia luogo, il fatto solo del possesso. Onde, riesce assai chiaro come sia mal fondata la identità di condizioni che il Borsari crede di ravvisare tra il caso dell' articolo 707 e quello del capoverso dell' articolo 933, opponendosi a tale pretesa lo spirito della legge: ma, dove si faccia attenzione, si troverà pure che si opponga la parola della legge; poichè sta scritto che la presunzione dell' articolo 707 *non si applica all' universalità dei mobili.* Or se la detta presunzione è limitata esclusivamente ai mobili considerati singolarmente, e non alle universalità degli stessi mobili, come mai può affermarsi con sicurezza di doversi applicare quando si tratta del possesso di eredità, la cui parola desta il concetto di universalità non pure di mobili, ma d' immobili eziandio, comprendendosi in essa tutto ciò che serve a comporre il patrimonio di una persona? — Ed infine non è senza importanza il notare che diversi sono

gli effetti stabiliti dalla legge, secondochè si tratti del possesso in buona fede di beni mobili, ovvero di quello di una eredità; poichè nel primo caso il proprietario manca affatto di azione per poter riacquistare la cosa sua; mentre nel secondo il vero erede può, colla petizione di eredità, ricuperare il patrimonio ereditario, perdendo solamente i frutti percepiti dall' erede apparente di buona fede. Onde anche per questa parte si mostra ingiustificabile la opinione del Borsari, non essendo conforme alla logica, e molto meno alla giustizia, far produrre effetti diversi da condizioni identiche.

73. — Se diverso è il principio stabilito dalla legge nel possesso mobiliare ed in quello ereditario, diversi gli effetti che si fanno derivare dall' uno e dall' altro, diversi i motivi che giustificano la produzione di tali effetti, ed infine limitata la classe degli obbietti ai quali si applica la presunzione eccezionale dell' articolo 707, non vi ha nessun argomento nè nella legge, nè nello spirito di essa che possa giustificare l' affermazione del Borsari. E il suo linguaggio riesce veramente più strano ed arbitrario quando, per temperare l' esorbitanza di tale affermazione, soggiunge che, nel caso dell' articolo 707 e in quello del capoverso dell' articolo 933, « la legge accetta la buona fede di puro senso interno ». È qui appunto che, cessando il valore dell' eccezione stabilita dall' articolo 707, ripiglia tutta la sua efficacia la regola generale dell' articolo 701. Se il solo fatto del possesso in vero basta, perchè il possessore di mobili sia presunto di buona fede, ciò non esclude ch' egli debba ripetere la causa del suo possesso da un titolo abile a trasferire il dominio a norma dell' articolo 701, non essendo in caso diverso che, o un semplice detentore a titolo precario, obbligato a restituire la cosa al proprietario che la dimanda per mezzo di un' azione personale; o un possessore senza titolo al quale non può attribuirsi la qualificazione di possessore di buona fede, potendo invece esser tenuto alla restituzione per causa di furto o di smarrimento. Non sappiamo comprendere

perciò cosa voglia dire il Borsari affermando che solo nei due casi del possesso di mobili ed in quello ereditario sia mestieri della buona fede di puro senso interno, non essendo possibile, in ogni caso, buona fede che non sia di senso interno. Ma il fatto sta che il legislatore non tiene mai conto di convinzioni intime, quando queste non possano giustificarsi mediante una causa esteriore, atta ad originare legalmente la legittima opinione di essersi posto in essere un dato rapporto giuridico. Siamo dunque alla regola quanto alla necessità del titolo di trasferimento; limitandosi l'eccezione solo alla dispensa dall'obbligo di dare la prova, poichè ne fa le veci il semplice fatto del possesso. Di ciò troviamo una splendida conferma nell'articolo 709, il quale dice: *Se però l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'ha comprata*, ecc. È mestieri, quindi, perchè taluno sia possessore in buona fede anche di una cosa mobile, che abbia comprato od altrimenti acquistato il dominio della medesima: potrà essere assoluto dal debito di presentare la prova esterna bensì, non da quello di ripetere da un titolo abile a trasferire il dominio la ragione del suo possesso: cessata la causa dell'eccezione, si ritorna sempre alla regola generale. *Pro emptore possidet, qui revera emit; nec sufficit, tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere; sed debet etiam subesse causa emptionis* (1).

« Il titolo », scrive con autorità, parlando appunto del possesso dei mobili, il Savigny, « non solo costituisce la giustificazione della buona fede, ma ancora la vera base, sulla quale il giudice deve ammetterla come fatto, finchè non venga dimostrato il contrario » (2). « La loi », soggiunge il Laurent, « ne dit pas que la possession doit être réelle, et à titre de propriétaire; cependant tout le monde admet, qu'elle doit avoir ce caractère » (3). Nè sappiamo passarci

(1) Fr. pr. 1, *Dig.*, « Pro empt. », XLI, 4.
(2) *Dritto delle Obbligazioni*, vol. II, § 67.
(3) Op. cit., vol. XXXII, n 559.

dal citare le giudiziose parole del Pacifici-Mazzoni: « Questa presunzione non vale che per i possessori di buona fede, cioè per quelli che hanno acquistato i mobili in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignoravano i vizi (art. 701) » (1). — Come adunque il locatario, o il creditore anticretico di un immobile non può invocare seriamente il beneflzio dell' art. 703, perchè mancante di titolo traslativo, del pari l' esecutore testamentario, o il curatore di una eredità giacente malamente ricorrerebbe al favore stabilito dall' ultimo capoverso dell' articolo 933, e il comodatario, o il depositario di una cosa mobile a quello dell' articolo 707 — non potendo alcuno di essi giustificare legalmente l' opinione di essere divenuto proprietario mediante una causa legittima di trasferimento.

Ed è infine un cattivo espediente quello cui ricorre il Borsari, quando in altro luogo scrive: « La buona fede è personalissima. Il possessore di un titolo al portatore si affretterà probabilmente a disfarsene; quello cui passa non contrae per nulla il vizio del suo trasmittente » (2). In questa sentenza balza agli occhi un doppio errore: l'uno dove dice che la buona fede nel possessore di mobili sia *personalissima;* l' altro affermando, che il possessore di mala fede suol *disfarsi probabilmente* della cosa mobile posseduta. Il primo errore lo abbiamo combattuto abbastanza mostrando come di cose intime si occupi la morale piuttosto che la legge, qualunque sia il caso di cui si tratti; il secondo deriva dal non aver tenuto conto dei limiti segnati dalla legge. Perciocchè, mentre questa dispone che solo riguardo al possessore in buona fede di mobili il possesso vale titolo, le parole del Borsari parrebbero voler denotare come basti esser semplice possessore di una cosa mobile perchè siasi di buona fede, per la ragione che il possessore di mala fede

(1) *Istituz.*, vol. III, n. 183; AUBRY e RAU, op. e vol. cit., § 186; TROPLONG, op. cit, n. 1043 e 1044; TARTUFARI, op. cit., vol. I, n. 62.

(2) Op. cit., vol. II, § 1510.

avrebbe interesse a disfarsi della cosa posseduta. A questo modo si vuol più della legge; poichè, quando il proprietario dimanda al possessore, verso cui trovasi legato per vincolo personale, o al suo successore a titolo universale, la restituzione di un oggetto mobile, non possono questi trovar asilo sicuro nella pretensione di una buona fede personale, che per necessità dee restare inefficace, appunto perchè ha il torto di non esser legale. Non parliamo delle cose mobili smarrite o rubate, perchè in siffatta ipotesi si ripiglia interamente il suo valore, come, per gl'immobili, la *rei vindicatio*, ed è ammessa senza riserva la *persecutio in rem penes quemcumque possessorem.*

Concludendo, adunque, sia perchè non vi è analogia nelle regole stabilite dalla legge, sia perchè diversi sono i motivi che le informano e diversi gli effetti che si producono, sia infine perchè le norme dettate in un caso eminentemente eccezionale non possono estendersi ad un altro caso, che niente presenta di particolare per potersi sottrarre all'impero dei principî generali, può dirsi a dirittura sbagliato il concetto del Borsari, quando vuol trovare identità di condizioni nel possessore di buona fede di cose mobili ed in quello di eredità. E siffatto errore nell'illustre uomo si mostra assai più rilevante, in quanto là, dov'egli crede di scorgere nel carattere della buona fede una eccezione comune al possessore di mobili ed a quello di eredità, l'eccezione non esiste neanche pel solo possessore dei mobili, rientrandosi invece riguardo a tutti nel dominio delle regole generali.

CAPITOLO IV.

IL TESTAMENTO È CONTRATTO?

74. — L'epigrafe di questo capitolo può riuscire affatto strana; è d'uopo quindi giustificare l'epigrafe e il contenuto.

Abbiamo parlato finora del titolo di traslazione, e ci è occorso parecchie volte di affermare come siffatto titolo possa consistere nel contratto, nella legge o nel testamento: dovremmo trattare adesso dei vizi del titolo per vedere quali di essi non ostino all'effetto dell'acquisto dei frutti; quali, malgrado la buona fede personale del possessore, si oppongano a cotesto effetto. L'analisi di tali vizi richiede un esame abbastanza accurato degli elementi che servono a costituire ciascun titolo, per conoscere quali, contribuendo a formare la sostanza del titolo, producano colla loro mancanza la inesistenza del titolo stesso; quali, essendo semplici accidentalità, possono o no concorrere, senza che perciò debba dirsi offesa l'essenza del titolo.

Quanto alla legge, essa costituisce un titolo *sui generis,* il quale, espressione di un'alta necessità sociale, rappresenta il tradursi del dritto come necessità ideale in necessità reale. Mediante la legge positiva si compie, ci sia permessa la espressione, il connubio del dritto col fatto. All'attività dell'uomo che, in tutte le sue forme molteplici di manifestazione, apparisce come un fatto abbandonato all'arbitrio ed al caso, si contrappone il dritto come idea, come verità assoluta che, facendo risplendere alla mente le norme direttive dell'umano operare, può, per ispontaneo proponimento della persona, togliersi liberamente a guida dei proprî atti. Ma questo, se ha in sè la forza d'imporsi come necessità logica, nol può come necessità reale, che moderi e governi l'esplicarsi delle umane azioni. Da ciò il bisogno nel mondo di un organismo che, compendiando in sè la necessità dialettica del dritto, la imponga come necessità giuridica allo

umano operare. Onde la legislazione, che serve a conciliare la libertà colla necessità e rappresenta la vita attuale del dritto; vita che si trova disgiunta nel doppio elemento del fatto e della idea. La legislazione difatti determina i limiti, non la natura e le forme dell' umana attività; così che, libera la persona di compiere tutti quegli atti che possono meglio ridondare a suo vantaggio, deve rispettare sempre quel confine, oltre il quale, più che esercitare il proprio dritto, viola il dritto altrui. — La legge dunque è titolo, perchè costituisce una delle fonti di dritto e di obbligazione. La natura di questo titolo è resa nota dai caratteri che sogliono rivestire i suoi precetti: essi s' impongono come un comando, il quale, senza tradursi in coazione fisica, obbliga la persona ad ubbidirlo sotto pena di sopportare un danno nel suo patrimonio (1); nè ciò ha nulla di arbitrario, essendo la giusta espressione e la parola sociale del dritto.

Altra fonte di dritti e di obbligazioni è il contratto, il quale costituisce la causa generatrice di tutti quei rapporti giuridici, la cui vita, non essendo determinata dalla necessità della legge, è abbandonata alla libertà degl' individui. L' uomo può, secondochè vuole, svolgere la sua attività in guise multiformi; e, dove non basta da solo, invocare l'ajuto e la cooperazione di altri: egli è arbitro assoluto del suo interesse e delle sue relazioni; la libertà dell' individuo non trova altro limite che nel divieto della legge. Ma oltre questo limite, che è la conseguenza di un ordine superiore, cui l' umano operare deve, per necessità di cose, sottostare; un altro esso ne trova, che è l' effetto immediato di un atto libero del volere umano. L' uomo, cui manca la volontà o la forza di compiere da sè una data azione, può ottenere che altri voglia e faccia per lui o con lui quello che gli abbisogna. Questo fatto, da cui nell'ordine economico deriva uno scambio di utilità od una cooperazione nel produrre la mede-

(1) Parliamo dell' effetto della legge nei soli rapporti del dritto privato.

sima utilità, costituisce nell'ordine giuridico quel che dicesi contratto ed è causa di dritti e di obbligazioni. Quando due o più persone vogliono liberamente e congiuntamente la medesima cosa, sorge subito la nozione giuridica del contratto. Esse son pienamente libere, prima che le loro volontà s'incontrino, di agire o no in un dato modo; ma, dal momento che vogliono insieme la medesima cosa, alla libertà del volere si sostituisce la necessità dell'operare. Questa necessità, derivante dal contratto, non è meno alta ed imperiosa di quella risultante dalla legge; essa anzi è la consacrazione della libertà stessa del volere, poichè tende ad affermare quel che le parti medesime hanno, per propria iniziativa e per proprio placito, direttamente voluto. La necessità di poi è la conseguenza della libertà di prima; e questa non può essere nè piena, nè efficace, senza che sia perfetto, cosciente ed immune da qualunque influenza esteriore l'incontro delle volontà: onde gli elementi costitutivi del contratto. Essendo noti siffatti elementi, si può conoscere benissimo quali siano i vizi che, opponendosi alla formazione del contratto, lo rendano improduttivo di conseguenze giuridiche. — Il testamento è un titolo anch'esso, da cui si originano dritti ed obbligazioni: la legge gli riconosce una efficacia importantissima nella sfera dei rapporti privati; e tutti, più o meno, siamo costretti a ravvisarlo qual fonte legittima di effetti giuridici. Ma quale la causa della sua efficacia, quale la sua natura? Dovremmo discorrere dei vizi, che rappresentano uno stato patologico ed anormale del testamento, quando già non sappiamo quali siano gli elementi che servono a costituirlo nel suo stato normale! Conveniamo pienamente che, in un lavoro positivo, potremmo sottrarci benissimo all'obbligo di tentare una indagine razionale: sarebbe forse questo il nostro debito; ma a chi voglia farci siffatto rimprovero, diremo:

> Lasciate questo canto che senz'esso
> Può star l'istoria e non sarà men chiara.

Noi intanto entriamo in argomento.

75. — Per quanto varie e multiformi possano a prima giunta presentarsi le cause regolatrici dell'umana attività, esse si risolvono in fondo o nel precetto della legge che impera o vieta, o nel libero accordo delle volontà degli uomini (convenzione); la quale, essendo l'espressione più diretta dei bisogni e delle necessità sorgenti della vita, adempie meglio al còmpito importantissimo di trovare nuove forme e più sicuri espedienti, che valgano pienamente a soddisfare le mutabili esigenze dei rapporti civili. Onde i titoli diversi ed innumerevoli che servono a costituire, modificare o sciogliere vincoli di dritto e di obbligazione, si fondono a dirittura o nella legge o nelle convenzioni. Nè a questa logica ed imperiosa necessità di rapporti possono sottrarsi quei titoli, comunemente intesi sotto il nome di *quasi-contratti* o di *quasi-delitti;* poichè i primi riposano sul principio supremo di legge naturale che nessuno deve arricchirsi col danno altrui; ed i secondi sul principio non meno imperioso che ciascuno è tenuto a sottostare alle conseguenze della propria colpa o della propria negligenza. Se il vincolo di dritto e di obbligazione in questi casi non è l'effetto immediato della volontà espressa o tacita delle parti, bisogna convenire che la sua origine e la sua giustificazione sta nel precetto assoluto della legge.

Titolo anch'esso, e dei più importanti della vita, produttivo di dritti e di obbligazioni, il testamento ubbidisce a questi principî; e se non può ripetere i suoi effetti giuridici direttamente dalla legge, perchè esiste la successione intestata o per legge, dovrà riconoscere necessariamente la sua efficacia dalla convenzione. È vero, bensì che la legge impone spesso certi limiti alla facoltà di testare, nel fine di assicurare l'adempimento di quei doveri che legano la persona del testatore alla famiglia; la quale, generante o generata, può dirsi di aver prima o poi contribuito alla produzione di quella ricchezza che non è dato all'arbitrio di un solo distrarre impunemente. E poi, esiste tale una solidarietà nella famiglia, creata dalla comunanza di origine, di abitu-

dini, di vita, di educazione, di sentimenti e di bisogni, che la scomparsa di taluno di quelli che la compongono non può, nè deve menomamente turbare.

Ma questo limite portato dalla legge alla facoltà di testare, in favore di certe persone e per una data parte del patrimonio, conferma meglio, per quella parte che non è soggetta alla proibizione della legge, la efficacia e la forza suprema di cotesto dritto. La limitazione della facoltà di testare per opera della legge si risolve nel riconoscimento della piena disponibilità, oltre i limiti da essa segnati: cessando la necessità legale, sottentra la libertà individuale, e questa non può esplicarsi validamente, per creare vincoli di dritto e di obbligazioni, che, conformandosi ai supremi principî regolatori dei contratti.

76. — Ma il testamento è veramente contratto?

A siffatta interrogazione vediamo insorgere filosofi e giuristi, i quali, forti di un'opinione comunemente accettata non meno che di una tradizione costante, negano recisamente l'indole contrattuale del testamento; ed è tale la sicurezza dell'animo loro da escludere persino il sospetto che possa pensarsi il contrario: «Il va sans dire que le testament est un act et non un contract· le légataire n'intervient pas dans le testament» (1). — Non è nostro proposito di sovvertire un ordine d'idee già per lunga consuetudine divenute rispettabili; ma, se una coscienziosa disamina dovrà condurci a conseguenze diverse da quelle che sono generalmente in uso, non crediamo perciò di fallire al debito nostro.

Segno a violente accuse e a passionate decantazioni, il dritto di testare non ha serbato mai quello ambiente di serenità e di calma, tanto necessario al rigore delle ricerche scientifiche. O, vinti da un senso di venerazione e di rispetto verso l'estrema volontà dei moribondi, si è voluta circondare di un'aureola di religione e di fede che l'esalti e consacri

(1) LAURENT, vol. XI, n. 102.

anche nei suoi eccessi e nelle sue esorbitanze, come la più grande affermazione dell'umana persona sciolta da ogni limite di tempo; o, mossi da spirito di risentimento e di vendetta, si è condannato con fierezza ogni menomo tentativo di disposizione a causa di morte come un atto di tirannia e di violenza che tenda a perpetuare, sin da oltre la tomba, le cause d'ineguaglianza e di miseria sociale, quasi insorgendo contro le stesse necessità supreme di natura, che pone nella morte un termine irremovibile alle lotte alle pretese ed alle usurpazioni della vita! E la storia registra, con mano inesorabile, le fiere esorbitanze degli uni e le ostinate resistenze degli altri; e le passioni poste al luogo della logica e l'accanimento surrogato alla serenità della discussione.

Quanto più grande è stato l'attacco e più acerbe le calunnie degli avversarî, per iscalzarne le fondamenta, tanto maggiore è stato l'impegno e più vivo lo zelo dei fautori, per afforzarne le basi e far trionfare, in tutta la sua pienezza, la legittimità del dritto di testare. Ma il calore della lotta, togliendo la giusta misura agli uni e agli altri, ha fatto trascorrere i primi, per troppo amore di demolire, in sofismi inauditi e sospinti i secondi, per soverchio desiderio di conservare, ad illogiche deduzioni. Da questo estremo desiderio di difesa è venuta su una strana confusione tra le cause fondamentali, giustificative del dritto astratto di testare, e la forma concreta ch'esso assume, incarnandosi come istituto giuridico produttivo di dritti e di obbligazioni. Ed or si è tolta a base razionale di siffatto dritto l'immortalità dell'anima; or si è considerato come legittima ed ordinata funzione del dritto di proprietà; or come un bisogno potente di trasfondere e continuare in altri la propria esistenza, supremo conforto che lenisce gli ultimi momenti dolorosi della vita al pensiero, che non sia rotto interamente ogni legame colla terra, quando si lascia chi ci rappresenti e ci ricordi alle future generazioni; come una giusta soddisfazione dovuta al lavoro ed alla previdenza ed un eccitamento all'operosità e al risparmio, cui forse mancherebbero

i maggiori stimoli e i più potenti! E qui, sul gelido marmo del sepolcro, commossi da un senso misterioso di pietà e stretti da un potente legame di religione profonda, vediamo raccogliersi confusi giureconsulti e filosofi, legislatori e sacerdoti, come per adorare in comune gli alti decreti di una Provvidenza che pur governa le sorti del mondo, e piegare smarriti la fronte dinanzi agli arcani problemi della vita!

77. — Questo rispetto profondo e questa religiosa venerazione non ci riesce nè strana nè inesplicabile là, dove una esistenza si spegne per porgere alimento ad un' altra che si accende; là, dove la vita e la morte s' incontrano armate ai confini, quasi ad affermare i loro dritti e la loro sovranità. — Bisogna però richiamare alla mente, come la fantasia e il sentimento abbiano esercitato un alto predominio ed assoluto nell' infanzia dell' umanità; quando, muta ancora l' attività del pensiero, tutti i grandi principî moderatori e le grandi istituzioni della vita debbono rivestirsi di forme misteriose ed affascinanti, e ricercare negli occulti e più remoti penetrali del cuore umano, riempiendolo di un palpito solenne, di un sacro spavento, la via sicura per potersi conciliare rispetto e venerazione. È allora che il mondo si popola di deità vaganti, di spiriti in pellegrinaggio, di agenti occulti ministri inconsapevoli del bene e del male; ed è allora altresì che ogn' idea di giustizia, di moralità, di potenza, non sa concepirsi disgiunta da quell' apparato clamoroso di forme che servono, materializzandola, a renderne possibile la conoscenza. La fede tiene il luogo della ragione: tutto ciò che non sa spiegarsi o è l' effetto di una volontà superiore, o di un' arcana necessità, la cui forza bisogna subire senza poterne conoscere i motivi. Non si deve spregiare però questa, che è una delle tante espressioni in cui si rivela l' ordine e l' armonia di natura. Le grandi leggi e le supreme necessità del mondo morale non potrebbero altrimenti spiegare la loro efficacia, in quell' epoca istintiva e sentimentale dell' umanità, che rivolgendosi a quelle stesse

forze, le quali costituiscono la parte predominante e meglio sviluppata dello spirito umano. Ond'è che la fantasia e il sentimento compiono, nelle origini, quello stesso ufficio che in civiltà più avanzata esercita la ragione; essendo tutti, per vie diverse e per virtù di opposti moventi, destinati a costituire l'espressione delle grandi leggi di ordine morale. Bisogna credere e sentire oggi, come l'arcano volere di una potenza e di una necessità soprannaturale, quel che si conosce dimani esser l'effetto ordinario delle forze e delle necessità stesse di natura: è in ciò che si compendia tutta la storia dell'umano progresso.

78. — Ma tutto muta nel mondo: le più belle e le più utili istituzioni hanno anch'esse il loro tempo, nel quale, trovando le condizioni e l'ambiente adatto alla esistenza, funzionano a meraviglia; oltre il quale, però, o, cessando i motivi e le cause della loro esistenza, spariscono interamente cedendo il posto ad altre più opportune e più rispondenti alle mutate condizioni sociali; ovvero, se esprimono un bisogno perenne dell'umana natura, debbono sempre, anche permanendo, assumere una forma più acconcia, e trarre la loro forza e la causa del loro rispetto da ragioni armonizzanti colle idee e colle necessità dei tempi. È perciò che in ogni epoca della civiltà vediamo cambiarsi l'inventario delle istituzioni sociali, come cambiano i bisogni che solevano esprimere, od apparire trasformate ed organate in maniera diversa; e la ragione, giudice inesorabile, istruire il processo e giudicare i titoli delle istituzioni del passato. Chi cerchi bene nella storia troverà o i fossili di tante istituzioni scomparse o i tipi originarî diversi di tant'altre ancora viventi. Quelle che mettono men salde radici nella natura umana s'immutano facilmente; le altre hanno bisogno del tempo o per perire, o per trasformarsi. Ond'è che vediamo spesso certe istituzioni, cadaveri ambulanti, mantenersi per forza di abitudine e d'inerzia, anco quando le condizioni della vita sono completamente cessate; e tant'altre, trasformate da un pezzo per fatale necessità di cose, rispondere ad un

principio novello, trovarsi organate e funzionare a norma di esso — e ciò non ostante cercare i titoli della loro legittimità in quell'ordine abituale di motivi, che hanno altra volta formate le condizioni generatrici della loro esistenza. Da ciò il dissidio tra l'essere e le ragioni dell' essere di una cosa. E si crede, intanto, che una istituzione non possa più mantenersi in vita, se debba trarre i motivi della sua legittimità da un ordine novello di principî, mentre nel fatto è di questi che si nutre e vive! Fatale contraddizione! ma forse anche provvidenziale, perchè serve a mantenere la continuità nel rispetto verso le istituzioni, senza farci avvertiti dei mutamenti avvenuti che forse, compresi a tempo, se non ci avessero spenta la fede, l' avrebbero sicuramente scemata.

79. — Questa, che è la storia ideale ed anche la sorte di ogni istituzione, è pure quella del testamento: anzi in questo più che altrove, per l' essenza stessa della sua natura, si mostra più grande e più accentuato il predominio delle forme e del sentimento; come pure maggiori sono le evoluzioni e i mutamenti ch' esso ha subiti nel corso dell' umanità. Ignoto alle società orientali, sì per l' ordinamento delle caste, che per quello della proprietà collettiva, il dritto di testare apparisce in Grecia, dove il cittadino colla libertà della persona comincia ad acquistare anche quella dei beni; diviene in Roma prima espressione tirannica di una società aristocratica in cui l'elemento famigliare dovea prevalere su quello individuale, e poscia, per volgere di tempi, acquista una forma più liberale e meglio ordinata. Nel mondo barbarico esso è ignoto, appunto perchè inconciliabile col regime della proprietà collettiva: nell'incontro della civiltà latina colla germanica, al sorgere del feudalismo, la facoltà di testare si annunzia come privilegio dei signori, che soli avevano il dominio della terra; e si deve ai giuristi s'essa, mediante finzioni ed espedienti finissimi, sia potuta divenire il dritto di tutti. Nei Codici moderni il potere di testare è riconosciuto come uno dei dritti più sacri e più rispettabili del cittadino: s' impongono, è vero, certi limiti alla libera dispo-

nibilità dei beni per causa di morte, ma oltre questi limiti risorge pienissima la facoltà di disporre.

In tanta vicenda di mutamenti e di trasformazioni, se vediamo da una parte, come la civiltà abbia sempre più favorita ed afforzata l'esistenza di tale istituzione, vediamo dall'altra, com'essa abbia avuto sempre bisogno di organarsi a norma delle mutate condizioni sociali per potersi conservare. Si conosce benissimo la storia del testamento, e ciò non ostante si vuol trovarlo immobilizzato nel vecchio ordine d'idee; ma non si pon mente che, ragionando in tal guisa, o bisogna considerarlo come un arnese sdrucito che ha fatto il suo tempo, ovvero bisogna acconciarsi ad ammetterlo, senza che possa assegnarsi una giusta ragione della sua legittimità. Vero è che tutte le istituzioni, le quali si mostrano meno certe e più contrastate nelle loro origini razionali, amano meglio rimanere sotto il patrocinio fidato delle vecchie idee, ed in quella nebulosa di prestigio che l'abitudine e le tradizioni del passato possono ancora conservare nelle circostanze del presente; ma così non si tratta di salvarsi dagli attacchi, ma di renderli invece più giustificati e più violenti. — A questa classe d'istituzioni appartiene il testamento: sente il fremito della lotta che l'attende alla soglia e teme di uscire alla luce del sole; ma la ragione non riconosce luoghi di asilo o d'immunità: essa, un giorno o l'altro, è destinata a trionfare di tutti gli ostacoli che le oppongono vecchi pregiudizî e secolari reminiscenze. È mestieri di una fisonomia netta e spiccata, di contorni chiari e decisi perchè possa pretendersi a rispetto nel mondo moderno: l'uomo di oggi non si nutre più d'immagini e di emozioni; se la sua fantasia si esalta ed il suo cuore si commuove, non è che dinanzi a ciò che la ragione ha dimostrato rispondente ad alte e reali necessità di natura. Sgombrino dall'animo la paura i fautori del dritto di testare: se esso, come crediamo fermamente, soddisfa ad un vero e potente bisogno dell'umana natura, la libera discussione non lo abbatterà, ma servirà bene a ritemprarlo. Potranno

cambiare i motivi che lo rendono giustificato, e con essi la forma in cui si mostra attuoso; potrà ancora non aver bisogno di cingersi di un'aria d'indeterminazione e di mistero per imporsi al rispetto di tutti: ma tant'è, se meno orgogliosa è la sua pretesa e più modeste le sue apparenze, non sarà perciò meno giusta e meno legittima la sua esistenza: è questa la prova evidente che al predominio del sentimento siasi sostituito quello della ragione.

80. — Tolto quanto vi ha d'immaginoso e di esagerato, e messa ciascuna al suo posto, tutte le ragioni invocate per giustificare la legittimità del dritto di testare, sino a un certo punto son vere; ma esse, in gran parte, sono comuni agli altri contratti, nei quali non è la semplice prospettiva del presente, nè quella del loro vantaggio unicamente personale che si affaccia al pensiero delle parti contraenti; nè meno il loro esplicarsi è legittima funzione del dritto di proprietà e conseguenza dei riguardi dovuti alla previdenza ed al lavoro. E se guardiamo alla donazione, la quale è contratto di beneficenza del pari che il testamento, in che altro consiste la loro differenza se non nell'annunziarsi la prima come atto tra vivi e il secondo come atto a causa di morte? Se il fondo adunque delle loro ragioni è identico, se tutti attingono la loro giustificazione razionale ai medesimi principî, donde mai la causa di collocare gli uni sotto la rubrica generale dei contratti e relegare l'altro in un'atmosfera vaporosa, dove si cerca invano quel che è, sapendosi invece quel che non è? I caratteri singolari, che qualificano l'indole specifica del dritto di testare, se valgono bene a porre in rilievo la natura particolare di questo ramo dell'umana libertà, modificando gli effetti giuridici che ne derivano, come si modificano le accidenze che si uniscono alla causa che li produce; non possono però arrivare a distruggere la sostanza ch'è comune a tutte le libere manifestazioni dell'umana volontà.

In ogni istituzione - chi nol sa? - occorre distinguere le ragioni fondamentali e supreme, che rendono legittima e ne-

cessaria la loro esistenza, dalle forme che, rendendole attuose, ne costituiscono l' espressione e l' esercizio. Ciò che è vero pei contratti non lo è meno pel testamento: se identico si rivela, in sostanza, il fondo delle loro ragioni giustificative, se tutti rispondono al medesimo bisogno profondo dell' uomo di scambiare con altri i propri servizi, di dividere il godimento dei propri beni, identica pure deve mostrarsi la forma della loro esplicazione. — Ma intanto, per timore di vedere destituita della sua primitiva importanza, abbandonandola alla libera discussione, la forma in cui si esplica la facoltà di testare, *il testamento;* si è voluto considerare questo come fornito di natura e di caratteri del tutto eccezionali, come qualcosa che nulla abbia di comune cogli altri contratti. Da ciò l' opinione, generalmente ricevuta, di fare del testamento un atto solenne, che tragga tutta la sua virtù informativa dalla semplice volontà del testatore; un atto non meno avvalorato dalle disposizioni del dritto, che santificato dai dettati della morale e dai precetti della religione.

81. — Se però l' accordo di rami così importanti dell' umano operare, sul medesimo obbietto, è pegno sicuro della legittimità del dritto di testare, esso ci addita d' altra parte qual sia la causa precipua che ha fatto ostacolo a che tale istituzione potesse annunziarsi con caratteri spiccatamente giuridici. È il peccato di origine di tutte le istituzioni sociali, nelle quali non sono segnati ancora i limiti della competenza di ciascuna delle grandi leggi dell' umanità: spetta alla civiltà l' arduo còmpito di tracciare siffatti confini, per impedire la confusione dei poteri ed il cumulo della giurisdizione, senza scemare d' altra parte l' influenza legittima che spetta a ciascuna nel governo dell' umana attività.

Raccomandato nei suoi motivi da ragioni supreme di ordine giuridico, morale, religioso ed anche economico, il dritto di testare è mestieri assuma, nelle sue diverse manifestazioni, una forma ed un aspetto diverso, secondo il prin-

cipio al quale ubbidisce. Nell' ordine giuridico non sappiamo comprenderlo altrimenti che come contratto: potranno variare i caratteri specifici di tale contratto, e son tali difatti da mostrarsi del tutto distinti da quelli degli altri contratti, nei quali grandissima è l' affinità dei caratteri che sogliono qualificarli; ma, quando riman salda l' essenza fondamentale delle convenzioni e concorrono tutti gli elementi costitutivi delle medesime, dovremo bensì convenire che si tratti di un contratto speciale, che non è da confondersi, per certe sue qualità particolari, cogli altri; ma non possiamo, nè dobbiamo sconoscere perciò l' indole fondamentale che serve a costituirlo.

82. — « Il testamento è un atto rivocabile, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o di più persone ». — È questa la definizione che porge del testamento l' art. 759 del Codice civile italiano. Ma è desso un contratto? Questa definizione non basta per considerarlo tale; bisogna bensì rimontare più in alto perchè si pongano bene in rilievo gli elementi onde risulta.

Esiste primieramente, nel testamento, il subbietto attivo nella persona del testatore, ed il subbietto passivo in quella dell' erede; ed in secondo luogo abbiamo l' obbietto, che è la seconda condizione del contratto, nei beni di cui si dispone col testamento: « Un act fait dans la forme d'un testament et contenant des déclarations de dernière volonté, sans aucun rapport avec les biens du défunt, ne serait pas un testament, et ne voudrait pas comme tel, c'est dire qu'il serait nul » (1). Ma concorre egualmente, e in tutta la sua pienezza, il consenso, che è il terzo elemento costitutivo dei contratti? *Hoc opus hic labor.*

Si conviene da tutti che il testamento è un atto di volontaria e libera disposizione: *voluntatis nostrae justa sen-*

(1) LAURENT, vol. XI, n. 103.

tentia; esso difatti non sarebbe concepibile, senza che traesse dalla volontà del defunto ogni sua forza informatrice; ma questa sola non basta ad apprestarci la nozione giuridica del consenso, che ha mestieri del concorso di due volontà le quali convengano sul medesimo obbietto — *duorum vel plurium in idem placitum consensus.* Occorre, in una parola, che al volere del testatore si colleghi quello dell'erede; ma è ciò possibile e logico nel testamento?

Il dritto romano distinse due categorie di eredi: gli *extranei* e gli *heredes sui* o *necessarii.* Relativamente ai primi, era sempre volontaria l'accettazione dell'eredità deferita per testamento; ma i secondi, volessero o no, sapessero o punto, subivano inesorabilmente la volontà del testatore. In quest'ultimo caso, mancando la libera espressione della volontà dell'erede, non è neanche possibile la nozione del consenso: onde nessun dubbio che il testamento riguardato in tutta la sua estensione, rimanga come un atto semplicemente unilaterale, la cui forza deriva solo dal dettato della legge. Ma il pretore, per mitigare l'asprezza eccessiva di tale disposizione, introdusse il *beneficium abstinendi;* e questo servì a conciliare la severità del dritto decemvirale, che stabiliva il passaggio della successione *ipso jure* negli *heredes sui* o *necessarii,* col principio di equità, che nessuno può esser costretto a ricever danno o benefizio dal fatto altrui contro il proprio volere. Il principio pertanto della libera accettazione nel sistema successorio è stato consacrato, in modo inconcusso, nel dritto moderno: onde la volontà espressa o tacita dell'erede è indispensabile per dare al testamento quella piena efficacia che esso, come manifestazione della sola volontà del defunto, non può avere da sè. Nel concorso di tali due volontà si porgono i termini razionali del consenso?

83. — Questi principî son fuori contestazione; ma si esclude nondimeno la conseguenza del consenso, perchè nel momento che l'erede accetta il testatore non è più, e l'*attualità* del consenso è il carattere dei contratti — Ci sia

lecito osservare contro questa, che è la dottrina comune, come il consenso è bensì condizione essenziale dei contratti, poichè senz' esso mal saprebbe concepirsi tale sorgente inesauribile di rapporti giuridici; ma l' attualità del medesimo non è che una semplice modalità, un mero accidente, la cui mancanza, se vale a modificare i caratteri speciali del contratto, non può avere la forza di distruggerne l' essenza. Dal fatto costante che nei contratti ordinarî, l' accordo delle parti suol vedersi stabilito attualmente, è venuto su lo strano pregiudizio di confondere la necessità del consenso coll' attualità del medesimo. Il consenso esiste al momento che due volontà convengono sul medesimo obbietto: l' evidenza di tale principio dovrebbe imporsi anche a coloro che sogliono tuttavia reclamare l' attualità del consenso come condizione essenziale del contratto; chè, per quanto è a nostra notizia, non vi ha Codice, a cominciare dal dritto romano, ch' abbia fatto dell' attualità del consenso un elemento essenziale alla costituzione del contratto. Cotesto pregiudizio che, sviluppandosi per forza latente, ha saputo soggiogare le menti più elevate, ha la sua ragione storica nelle evoluzioni dello spirito umano.

Nei primordi della civiltà i rapporti delle cose non sanno concepirsi a certa distanza di luogo o di tempo; chè la sensualità prevale sulla razionalità dello spirito. Chi scorra la storia dei diversi istituti giuridici si accorgerà facilmente com' essi sian venuti mano mano sprigionandosi dagl' impacci che i limiti di spazio e di tempo e le forme faticose cui erano condannati opponevano al loro libero movimento. Come lo spirito va prevalendo sulla materia, quei limiti cominciano a scomparire, e l' uomo afferma sicuro il suo dominio, prosciolto da qualunque vincolo voglia contenerlo nella breve cerchia dell' *hic et nunc*. A misura che l' idea si astrae dalle contingenze dei fatti che l' accompagnano, essa si muove libera e spedita nelle sue evoluzioni. Chi avrebbe mai creduto che oggi, tra Napoli e Calcutta, nello spazio di pochi momenti, potesse compiersi un contratto in

tutta regola, per mezzo d'un agente che si nasconde ai nostri sensi; quando prima, tra due paesi vicini, era tanto malagevole una contrattazione? A questo grande progresso fisico si associa, non meno grande, il progresso spirituale; anzi il primo è sempre conseguenza ineluttabile del secondo. Il testatore e l'erede confondono le loro volontà nel medesimo punto; che monta se a grande o a piccola distanza di tempo? Il loro accordo è completo.

84. — O gli effetti giuridici, che promanano dal testamento, sono la conseguenza irrefragabile di un contratto, il quale si compie nel momento dell'accettazione da parte dell'erede; o non sappiamo comprendere la natura misteriosa di questa istituzione; la quale non trae la sua efficacia direttamente dalla legge, perchè vi ha la successione intestata; non dal contratto, perchè si nega l'indole contrattuale del medesimo. Il pensiero di sottrarre tale istituto ai fieri pericoli, che ne minacciano tanto l'esistenza, ha mossi i suoi zelanti adoratori a coprirlo d'un velo pietoso, anzichè gittarlo nel campo della discussione in tutta la sua nudità; quasi che, sopprimendo i titoli di nascita, potesse conciliarsi maggiore rispetto alle istituzioni. Ma l'aria misteriosa e braminica, di cui si è voluto circondare, lungi dall'accrescerne il prestigio e l'autorità, ha servito meglio a porlo in discredito presso i suoi avversarî; i quali, vedendo che occultava i titoli veri della sua legittimità, hanno tratto argomento per dichiararlo espressione arbitraria del dispotismo dei legislatori. E la loro conseguenza è ben più logica di quella dei suoi fautori che, non potendo additare nella legge la causa generatrice degli effetti giuridici che si pongono in essere o addurre quegli stessi motivi di ordine superiore che sogliono giustificare la successione legittima; nè avendo d'altra parte il coraggio di fargli occupare il proprio posto nella teorica dei contratti, hanno fornito migliori armi agli avversarî per ferire a morte la legittimità del testamento. Esclusa quest'alternativa, non restava che l'arbitrio dei Codici: i fautori del testamento posero la pre-

messa, gli avversarî ne trassero la conseguenza, ma pieno l'animo della balda speranza di abbattere, quando che sia, questa istituzione, la quale per opera stessa dei suoi propugnatori, si annunziava in contrasto colle leggi supreme di natura.

85. — Se meno vivo è il senso del rispetto e più grande quello dell'esame, potrà questa istituzione, tanto detestata, salvarsi dalle accuse e dagli attacchi che ne pongono in forse l'esistenza. Espressione della libera volontà di chi ha il dritto e la capacità di disporre dei suoi beni, e di chi, non meno pieno, ha il dritto e la capacità di accettarli, il testamento è un contratto: perchè calunniarlo?

I due maggiori argomenti, che sogliono adoperarsi per impedire al testamento di entrare nel novero dei contratti, sono: il difetto di attualità nel consenso e il dritto che, incontestato, ha il testatore di poterlo rivocare sino alla morte. — Quanto all'attualità del consenso, lo abbiamo già detto, nè giova ripeterlo: lo spettacolo quotidiano di vedere nei contratti ordinarî stabilirsi contemporaneamente l'accordo delle parti ha fatto confondere l'essenza con questa, che è semplice modalità del consenso; la quale, se pur vale a modificare il carattere specifico delle singole contrattazioni, non può, dove manchi, cancellare la natura fondamentale del contratto. Eppure non è nuova in dritto la quistione sul momento in cui il consenso, dato in tempi diversi, divenga giuridicamente efficace in guisa da costituire razionalmente compiuta la convenzione tra le parti: se nell'istante matematico, cioè, che le volontà dei contraenti s'incontrano sul medesimo punto, e l'accordo delle parti è inconcusso, o in quello che la parte, già prima a consentire, riceve regolarmente la notizia dell'adesione spiegata dall'altra parte all'atto della sua volontà. Quest'ultima opinione, come quella che si prestava al sentimento giuridico poco sviluppato delle popolazioni e ch'era, nelle condizioni sociali presenti, più agevole ed opportuna a seguirsi, ha raccolto meglio il suffragio delle legislazioni; ma la prima, essendo l'espres-

sione incontestabile della realità delle cose e rispondendo ad un senso giuridico più sviluppato e meno materiale, raccoglie il suffragio più autorevole della ragione ed è destinata a divenire in tempo non lontano, anche nella sfera positiva delle legislazioni, padrona del campo. Siffatta dottrina, se non vale a giustificare pienamente l'indole contrattuale del testamento, serve tuttavia a mettere in buoni termini la quistione.

86. — Quando sentiamo farsi rimprovero al testamento come a un atto arbitrario e tirannico dell'uomo, il quale, con orgogliosa protervia, osa disporre della terra pel tempo in cui, convertita in polvere la sua persona, ritorna alla terra, non ci prende nè sgomento, nè sorpresa; chè il socialismo è troppo indomito e feroce avversario da brandire tutte le armi per colpire al cuore il dritto di proprietà. Ma la forza dei sofismi, se può per poco gittare una luce sinistra sulle istituzioni sociali ed abbagliarne le menti, non giunge mai, quand' esse esprimono veramente bisogni sentiti della natura, a scalzarne le fondamenta e a scuoterne la fede. È una grande sventura che le più belle istituzioni sociali, quelle che segnano all' umanità le vie maestre, tracciate dal dito provvidenziale della natura per affrettare e compiere la sua corsa trionfale verso gli alti destini della vita, siano segno a tanti oltraggi e a tanta avversione! E la proprietà, alla cui virtù si deve se l' uomo non contenda più il cibo alle belve della foresta, se l' uomo d' oggi sia più ricco e più potente di quello del passato, s' egli siasi emancipato dalla servitù della materia e possa dedicare il suo tempo al culto del pensiero e presentarsi armato delle scoperte e delle invenzioni che onorano tanto il mondo moderno; a cui, in una parola, si debbono tutte le meraviglie della civiltà presente e le speranze della civiltà avvenire — è quella sul cui capo si addensano i maggiori odî e la più grande detestazione! Pur se questo è destino inesorabile delle cose, bisogna rispettare in esso e salutare con riconoscenza una legge suprema di natura, la quale provvida-

mente ha disposto che, col timore dei contrarî, le istituzioni non si corrompano e deviino dal giusto termine cui sono indirizzate.

Ma quel che non riusciamo a comprendere si è che anche scrittori perfettamente ortodossi in fatto di proprietà, togliendo a prestito gli argomenti dagli avversarî, si facciano a combattere, in nome delle stesse leggi naturali, la legittimità del dritto di testare, facendo capitale assegnamento su quell'adagio tanto abusato — *mors omnia solvit*— quasichè un legame di solidarietà non colleghi l'umanità tutta quanta e la molla più potente della proprietà non istia nella sicurezza ch'essa non venga contrastata nelle sue legittime aspirazioni, nelle sue giuste tendenze, che servono a circondarla di tutti quegli stimoli e di quegli eccitamenti i quali, negati, le toglierebbero ogni forza di sviluppo e di evoluzione! Sono almeno logici i socialisti, che negano del tutto l'ordinamento della proprietà qual'è attualmente organizzata; ma non sappiamo comprendere cotali giuristi ed economisti che, decantando il legittimo fondamento e la benefica influenza del dritto di proprietà, osano poscia avversarlo nelle più dirette ed immediate sue manifestazioni. E poi, a che appuntare i loro strali contro il dritto di testare, come quello che perpetui vincoli di dritto destinati a prosciogliersi colla morte, se in tutte quasi le contrattazioni giammai si limitano alle sole persone dei contraenti gli effetti che ne derivano; se tutti i rapporti di dritto, messi su dalle passate generazioni, si trasmettono inalterati alle generazioni future, le quali ereditano il bene e il male, i pesi e i vantaggi di quelle che le hanno precedute? Nè si è considerato abbastanza che qualunque divieto al dritto di testare, oltrechè crudele ed ingiusto, perchè contraddice ai legittimi impulsi e ai profondi sentimenti della natura umana, a nulla approderebbe nella pratica, non potendo negarsi di compiere, per atto tra vivi, ciò che si vieta di compiere per atto di ultima volontà. E allora illogici a un tempo e inefficaci riescono gli attacchi rivolti contro il dritto di testare,

la cui legittimità rimane razionalmente inconcussa sinchè non siasi dimostrato prima illegittimo il dritto di proprietà, dal cui seno erompe come diretta ed immediata emanazione.

87. — Non basta, pertanto, che il dritto di disporre a causa di morte venga giustificato, nei suoi motivi astratti, da così alte ragioni di giustizia e di moralità sociale: occorre altresì ch' esso si mostri del pari razionalmente giustificato nella forma concreta, che serve a renderlo praticamente attuoso. Onde la necessità di scorgere nel testamento l'espressione di una volontà, la quale ha bisogno di un atto dell' altrui volontà perchè divenga produttiva di effetti giuridici: nell' incontro dei due voleri sul medesimo obbietto si hanno evidentemente i termini costitutivi del contratto.

Allorchè taluno dispone con testamento dei beni che compongono il suo patrimonio, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, rivela una volontà chiara, decisa, incontestabile, cui non pregiudica, nè offende la morte indi avvenuta, essendosi in vita nel momento che si è dispiegata, nè prova che la siasi rivocata e non intenda più mantenersi, chè in essa si raccoglie l' ultimo sospiro e il voto supremo dei moribondi. A questa volontà che non si annulla colla morte, come non si annullano tutti gli atti compiuti, nel periodo di sua vita, dall' estinto, quando si aggiunge l'adesione dell' erede che accetta, si hanno i termini del consenso e il contratto è perfetto. Che importa se per la perfezione del consenso si richiegga un intervallo più o meno lungo di tempo, quando l' accordo perfetto della volontà dell'erede con quella del defunto è un fatto irrefragabile; ed è la sola causa efficiente, essenziale, inesorabilmente necessaria, *sine qua non*, perchè il testamento divenga produttivo di effetti giuridici? A che cullarsi in una vana astrazione, in un concetto campato in aria, vuoto di senso e contraddetto invincibilmente dalla realtà delle cose se, malgrado tanto artifizio e tanto sforzo adoperato per occultare e falsare i caratteri e le qualità fondamentali di siffatto istituto, si è costretti poi a subire per volontà della natura, più

forte e più potente di quella dell' uomo, quei rapporti, quelle qualità e quei risultamenti giuridici medesimi, che si vogliono conoscere?

88. — Il testamento, accettato, è contratto in piena regola; non accettato, rimane un progetto, un semplice proposito, per quanto solenne, destituito di effetti giuridici. Allorchè si costituisce un testamento, la volontà del testatore si porge circoscritta ad una data persona, ad una data quantità di beni, ad un dato numero di condizioni imposte a colui che si nomina erede. Se l'erede accetta, qual'è stata manifestata, la volontà del testatore, l'accordo delle parti è completo e il testamento produce regolarmente i suoi effetti giuridici; se l'erede non accetta, mancando l'altro termine del consenso, il testamento rimane atto semplicemente unilaterale, epperò improduttivo di effetti giuridici. La causa efficiente, adunque, di tutti i rapporti di dritto e di obbligazione, che si pongono in essere col testamento, è l'accordo reciproco o il consenso delle parti. Ma è bene ancora fare talune considerazioni, le quali, mentre scolpiscono meglio l'indole contrattuale del testamento, servono d'altra parte a porre in rilievo i caratteri specifici che lo fanno distinguere dagli altri contratti.

Un terzo, il quale non è l'erede designato dal testatore, tranne che sia l'erede sostituito (il che non scema punto, ma accresce anzi la forza del nostro argomento) non può accettare il testamento e divenire, con questo, il successore del defunto: poichè, se abbiamo la sua volontà, manca quella del testatore, e l'accordo delle due volontà è necessario acciò il contratto sia possibile. E qui due circostanze degne di nota: l'una, che nei contratti di beneficenza, così tra vivi come a causa di morte, per ciò solo che sono meramente gratuiti, la determinazione della persona è condizione essenziale del consenso; l'altra, che nel testamento, a differenza di qualsiasi contratto, la individualità della persona indicata è inesorabilmente immutabile, perchè, non essendo più in vita il testatore, non è più al caso di additare in altra per-

sona il proprio erede. Quest'osservazione valga pure, così per la quantità dei beni determinati nel testamento, come per i pesi, i modi e le condizioni che affettano la devoluzione dell'eredità; poichè, mentre nei contratti che si compiono tra vivi è libera la volontà delle parti di modificarsi secondo le circostanze, variando i termini, gli obblighi, le condizioni e le clausole del contratto; qui, invece, la libertà dell'erede è inevitabilmente limitata ad accettare o a rinunziare.

89. — Ma questa limitazione nel determinarsi della volontà dell'erede, essendo una mera accidenza derivante dall'impossibilità di potersi modificare, per la morte già avvenuta, quella del testatore; se vale benissimo a mostrarci i caratteri specifici propri di cotesto contratto, non può per nulla influire, nonchè a distruggere, ad alterare in esso la nozione fondamentale di contratto. Che importa di siffatta limitazione, se il concorso della volontà dell'erede è indispensabile perchè quella del testatore, espressa nel testamento, divenga produttiva di effetti giuridici? È dunque dal volere congiunto del testatore e dell'erede che scaturiscono tutti i dritti e le obbligazioni che si pongono in essere col testamento. — Nè, quando si consideri attentamente, può disconoscersi come tale limitazione nella volontà dell'erede, anzichè essere una nota esclusiva del testamento, sia invece un carattere comune a tutti i contratti di beneficenza, per la semplice ragione che chi benefica si trova sempre nel caso di dettar la legge alla persona beneficata; la quale, per lo più, si avvantaggia acquistando dritti senz'assumere obbligazioni. Nella donazione difatti avviene perfettamente quel che avviene nel testamento: la volontà del donante è sempre quella che determina la natura, le condizioni e le modalità della donazione; la volontà del donatario non si limita che ad accettare o a rinunziare. E l'uso della medesima parola *accettazione,* adoperata tanto nel testamento che nella donazione, esprime benissimo l'identità del rapporto giuridico sorgente nell'uno e nell'altro caso. Anzi appunto per questo motivo troviamo come la donazione, così

nel Codice napoleonico che nel Codice italiano (1), venga denominata *atto* invece di *contratto*; eppure si conviene da tutti nel riconoscere l'indole fondamentale di contratto nella donazione. E i Codici stessi, nel fare dell'accettazione una condizione indispensabile alla efficacia giuridica della medesima, riconoscono implicitamente ch' essa sia veramente contratto.

Questo fenomeno dovrebbe servirci di grande esperienza, poichè dimostra l'evolversi continuo degl' istituti giuridici verso una forma più razionale e più determinata. E, dove si ponga mente che comune in gran parte è stata la ragione, la quale ha impedito alla donazione e al testamento di entrare nel novero dei contratti; si avvertirà meglio come sia l' effetto di accidenze storiche anzichè di necessità teoriche l'erroneo concetto che si ha ancora della natura giuridica del testamento. Sarebbe dunque illogico che, ravvisati nell'una gli elementi costitutivi del contratto, non debbano ravvisarsi anche nell'altro. L' unica difficoltà starebbe in ciò, che la persona del testatore non è più in vita al momento che l'accettazione avviene; ed un' accettazione posteriore alla morte del donante fa sì che la donazione non possa costituirsi, mentre nel testamento l'accettazione deve necessariamente aver luogo dopo la morte del testatore. Ma questo appunto costituisce la differenza specifica dei contratti di beneficenza tra vivi, come la donazione, e quelli a causa di morte, che pigliano la forma del testamento. L'idea del contratto allora solo sarebbe impossibile a concepirsi quando si dimostrasse che la causa generatrice di tutti gli effetti giuridici sorgenti da quest' ultimo non sia la volontà congiunta del testatore e dell' erede. Ma se è vero, secondo abbiamo dimostrato, che l'attualità del consenso non è condizione essenziale dei contratti e che una certa limitazione nella volontà dell'accettante è il carattere comune di tutti

(1) Art. 1050 Codice italiano. « La donazione è un atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta ». Corrispondente a questo è l'art. 894 del Codice napoleonico.

i contratti di beneficenza, è vero altresì che l'accidentalità di compiersi il consenso solo alla morte del testatore non forma che la nota specifica dei contratti a causa di morte. E poichè nel testamento il consenso si presenta completo nel concorso dei due fattori che valgono a costituirlo, ed è la sola causa efficiente di tutte le conseguenze di dritto e di obbligazione che ne derivano, non possiamo sconoscere in esso l'indole fondamentale di contratto, il quale, perfezionandosi dopo la morte di una delle parti, non perde perciò l'essenza della sua natura, ma mostra solo di possedere una fisonomia ed un carattere particolare. Cosa osta, adunque, a che il testamento, quando sia accettato, possa dirsi contratto?

Se l'accettazione dell'erede è indispensabile perchè il testamento divenga produttivo di effetti giuridici, bisogna vedere in essa il termine necessario a determinare la realità del consenso; ed è solo da questo che scaturiscono, come da causa immediata, tutti gli effetti giuridici che si pongono in essere col testamento. La legge non interviene che per assicurare la sincerità e la indipendenza del volere: è in questo, però, che bisogna riconoscere la sorgente diretta dei dritti e delle obbligazioni. Siffatto principio si porge evidentissimo; poichè la legge nel testamento, come in tutti gli altri contratti, limita unicamente la sua ingerenza a stabilire le condizioni acciò il consenso delle parti risulti costituito, non pure nei suoi elementi essenziali, ma possegga eziandio tutti quei requisiti di validità che valgono a dimostrare com'esso sia l'espressione di due volontà coscienti e libere nelle loro determinazioni. Da ciò la conseguenza necessaria, riconosciuta da tutti, che tanto la volontà del testatore, quanto quella dell'erede non sia viziata da errore, dolo o violenza nel suo determinarsi; e l'altra non meno importante della loro rispettiva capacità perchè il consenso possa dirsi valido a produrre effetti giuridici. È indifferente che il consenso sia dato in tempi diversi: esso costituisce a un tempo la causa e il limite dei dritti e delle obbliga-

zioni che vengono a generarsi. Se il testatore non è più, la sua volontà non è morta; ed è tanto viva che o si accetta intera o si respinge: l'erede non può accettare nè a termine, nè sotto condizione, nè oltre la volontà del testatore, nè rinunziare dopo aver accettato — *semel heres, semper heres.* — Ma il concorso della sua volontà è sempre necessario, nè può surrogarsi altrimenti; poichè senz'esso il testamento, rimanendo un atto puramente unilaterale, rimarrebbe altresì destituito di qualunque effetto giuridico.

90. — Nè serve meglio a negare la natura fondamentale di contratto nel testamento il carattere irrefragabile della sua rivocabilità durante la vita del testatore; anzi, se mal non ci avvisiamo, siffatto carattere conferma maggiormente che il testamento, contratto anch'esso, non può sottrarsi ad alcuna delle leggi che regolano i contratti. Quando il contratto, invero, per l'espressione del consenso reciproco delle parti, è perfetto, non può in nessun modo rivocarsi, se non mediante l'accordo delle parti medesime che l'han posto in essere — *dissolvitur eodem modo quo colligatum est.* — Or è naturale che il testatore possa, per atto di sua semplice volontà, rivocare il testamento; poichè esso, contenendo la sola volontà di una delle due parti, non è che un semplice progetto, una semplice promessa, la quale può rivocarsi a piacere sinchè non sia intervenuta l'accettazione dell'altra parte; e l'accettazione nel testamento, per suo carattere speciale, non è possibile che all'epoca della morte del testatore. La rivocabilità del testamento non contraddice adunque all'indole sua contrattuale, non essendo che un atto semplicemente unilaterale anzichè un contratto perfetto durante la vita del testatore. Il contratto si compie difatti solo alla morte di costui, quando cioè la sua volontà rimane inalterabilmente fissata e irrevocabile, e occorre solo l'accettazione da parte dell'erede perchè la convenzione si porga compiuta in tutti i suoi elementi. Se l'erede rinunzia, il testamento, appunto perchè atto unilaterale, non potendo altrimenti divenire attuoso, cade nel

nulla e cede il luogo alla successione per legge; ma, se l'erede accetta, contenendo la sua accettazione l'altro termine del consenso, il contratto può dirsi compiuto in tutta regola, ed è perciò che diviene produttivo di dritti e di obbligazioni.

91. — Poichè si trovano nel testamento accettato tutti gli estremi costitutivi del contratto, non abbiamo esitato un istante a considerarlo tale: la non attualità del consenso e la rivocabilità delle disposizioni testamentarie non sono di ostacolo a siffatto concetto, sì perchè elemento essenziale del contratto è il consenso e non la sua attualità, sì perchè la rivocabilità del testamento dipende dal fatto ch'esso contiene la volontà di una sola delle parti, e quindi non ancora si mostra come un contratto perfetto, irresolubile senza il concorso di quelle stesse volontà che l'hanno costituito. È ciò tanto vero che, quando concorrono, mediante l'accettazione dell'erede, tutte le condizioni che rendono completo il contratto, esso non è più soggetto ad essere risoluto per mutuo consenso delle parti, essendo una di esse solamente in vita, mentre occorrerebbe il consenso dell'altra che non è più: ciò appunto rende giustificata la massima: *semel heres, semper heres.* — Sarà, dunque, un contratto speciale, solenne, se si vuole, anzi necessariamente tale perchè, presentandosi come atto unilaterale che riceve suo natural compimento dopo la morte del testatore, è mestieri sia circondato delle maggiori guarentigie, le quali assicurino in modo certo ed evidente la sincerità della disposizione di ultima volontà; ma non è meno un contratto perciò, racchiudendo sempre in sè tutti gli elementi che servono a costituirne l'essenza.

Restituire una istituzione alle sue vere origini e sottrarla, in gran parte, alle accuse che ne pongono in forse la esistenza, è debito profondo dello scrittore. Siamo riusciti noi a mettere in chiaro il nostro concetto? Ed è desso vero? Non ispetta a noi il giudicarlo. — Ripigliamo intanto, che è tempo, il filo interrotto del nostro discorso, chiedendo venia della digressione.

CAPITOLO V.

VIZI DEL TITOLO

92. — Ci siamo studiati finora di porre in rilievo come il possessore di buona fede, perchè possa con dritto acquistare i frutti della cosa altrui, abbia sempre bisogno di un titolo reale abile a trasferire il dominio, sia d'indole particolare sia d'indole universale: ci occorre indagare ora quali siano i vizi del titolo che, ignorati dal possessore, non ostano al prodursi di tale effetto giuridico; e quali invece, malgrado vengano ignorati perfettamente, gli sono di ostacolo invincibile. Dobbiamo anche qui, con vivo rincrescimento dell'animo, allontanarci, per motivi del tutto diversi, dalla opinione autorevole dei due maggiori interpetri del Codice italiano, Pacifici-Mazzoni e Borsari. Il primo scrive: « Rispetto ai vizi del titolo, è affatto indifferente la loro natura, siano di sostanza o di forma; producano nullità assoluta o relativa del titolo, non escludono la buona fede se ignorati tutti; ma dall'altro lato la conoscenza di un solo di essi, qualunque sia, la toglie » (1). Ed il secondo, alla sua volta: « Intanto nel debito di esprimere la nostra opinione di principio, come suol dirsi, noi riteniamo come cosa indispensabile e sicura che i vizi di forma che annullano l'atto, lo rendono inabile ad ogni effetto giuridico sì all'acquisto dei frutti che alla prescrizione » (2).

Tra un'affermazione assoluta ed una negazione non meno assoluta ci è posto per una opinione mediana, non foss'altro, per quel vecchio adagio: *in medio consistit virtus*. Entriamo intanto nell'ardua ricerca; e, se non ci siamo apposti al vero, la difficoltà dell'impresa potrà scusarci dell'insuccesso.

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istitux.*, vol. III, n. 175.
(2) Borsari, op. cit., vol. II, § 1498.

93. — I titoli, che servono ordinariamente a produrre il trasferimento della proprietà, possono compendiarsi nei contratti e nella successione; quest' ultima nella sua doppia forma del testamento e della legge. La successione intestata, traendo direttamente la forza di trasmettere l' eredità dal vincolo di parentela determinato dalla legge, non porge occasione veruna a vizi del titolo; poichè questo è al disopra della volontà e dell' attività delle parti cointeressate. Nè si avrebbe ragione di noverare tra' vizi del titolo l' indegnità, mediante la quale si fa demeritare della successione colui che rendesi colpevole di certi atti contro la persona o la reputazione dell' estinto; chè in tal caso è la legge stessa che pronunzia la decadenza, non perchè si trovi offeso il titolo di trasferimento nella sua integrità obbiettiva, ma perchè la persona, in conseguenza del suo colpevole operare, non possiede più subbiettivamente quelle condizioni che la rendevano degna di succedere al defunto. Accade però l'opposto nei contratti e nei testamenti, dove, essendo il titolo la conseguenza immediata dell' esplicarsi del volere e dell' agire libero di più persone, è mestieri che tale attività si svolga nei modi e nelle forme stabilite dalla legge perchè si mostri fornita dell' efficacia giuridica necessaria a produrre giustamente la traslazione del dominio. Bisogna dunque, quanto ai vizi del titolo, restringere il nostro esame solo ai contratti, siano tra vivi, siano a causa di morte; potendo essi unicamente, come diretta espressione dell' umana libertà, mancare delle condizioni volute dalla legge al fine di divenire causa generatrice di dritti e di obbligazioni.

94. — L'articolo 701 dichiara che *è possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi.* In che consistano tali vizi che, ignorati, conducono all' acquisto dei frutti, la legge nol dice: bisogna dunque attingere alla teorica generale dei contratti e dei testamenti, per quanto può applicarsi alla materia del possesso di buona fede, quali siano i vizi che la legge vuol condonare, e quali

siano quelli ch' essa non vuole, nè può in nessun modo condonare.

La nozione del titolo è inseparabile da quella degli elementi essenziali che lo costituiscono, i quali nei contratti, per accordo unanime di filosofi e giuristi, si compendiano nel subbietto, nell' obbietto e nel consenso delle parti: la causa del contratto si confonde coi motivi del consenso, il quale è mestieri si determini in vista di un fine reale e serio, perchè possa divenire produttivo di dritti e di obbligazioni. Da questi, che formano gli elementi costitutivi di tutti i contratti, bisogna distinguere quelli che, formando l' essenza propria di ciascun contratto, servono a fissare l' indole ed i caratteri particolari di ogni singola specie di contrattazione. Mancando i primi, il contratto non esiste; mancando i secondi, o non esiste del pari o cambia di natura.

Oltre gli elementi essenziali del contratto che, derivando dalla necessità stessa delle cose, s' impongono alla legge, ve ne hanno altri, i quali, sì per assicurare la sincerità, la maturità e la maggiore possibile indipendenza del consenso, sì per circondare delle più larghe guarentigie probatorie taluni che si reputano gli atti più importanti della vita, la legge impone da sè. Siffatti elementi consistono nella necessità di certe forme esterne, che sono a un tempo condizione di esistenza e prova del contratto: tale sarebbe la scrittura pubblica o privata richiesta per le convenzioni e gli atti compresi nelle categorie dell' articolo 1314 e pei testamenti, l'atto pubblico per la donazione, e l' atto dello stato civile pel contratto di matrimonio. La legge non si mostra meno severa nell' esigere l' osservanza di siffatte condizioni esteriori, di quanto nol sia nell' assicurare quelle che, derivando direttamente dalla natura intima del contratto, ne costituiscono l' essenza; poichè dichiara nulli di pieno dritto, o meglio *inesistenti,* quei contratti che, contro i suoi precetti, si presentano sforniti di tali forme ch'essa considera come elementi organici necessari a determinare la loro esistenza legale. Questa sanzione di nullità, enunciata dagli articoli 1314, 804

e 1056, vien meglio avvalorata dalla disposizione dell'articolo 1310, dove si legge: *Non si possono sanare con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità.* Si porge quindi evidentissimo il concetto della legge: essa richiede l'osservanza delle forme non come semplici mezzi probatorî del contratto, ma come elementi integranti del medesimo; o, per dirla meglio col linguaggio della scuola, non è richiesta *ad probationem tantum* ma *ad solemnitatem* la necessità delle forme; poichè la lora mancanza non può sanarsi nè colla *ratihabitio*, nè coll'esecuzione, nè, per dirla in generale, con qualunque atto confermativo, non potendo un atto inesistente che costruirsi di pianta dove concorrano tutte le condizioni necessarie alla sua formazione.

95. — Il difetto, adunque, di taluno degli elementi essenziali di sostanza o di forma, così nei contratti ordinarî come nei testamenti, esclude in modo assoluto ogn'idea di titolo, la quale non può disgiungersi dalle condizioni che servono a costituirlo. Un titolo, che non esiste, non è suscettivo di produrre effetti giuridici di qualunque specie essi siano: *quod nullum est nullum producit effectum.* A questa regola fondamentale di dritto non può sottrarsi l'articolo 701 che, nell'esigere un titolo abile a trasferire il dominio, esige evidentemente ch'esso possegga tutti quei requisiti, mancando i quali l'esistenza del titolo è impossibile, non pure nell'ordinamento delle idee, ma in quello dei fatti eziandio. All'interpetre non è dato di cogliere nello studio spicciolo e slegato delle diverse disposizioni del Codice il concetto vero e compiuto del legislatore: la legge è anch'essa un organismo che si mostra intero nel complesso di tutte le parti che servono a comporlo; bisogna raccogliere ed ordinare i diversi dettati che regolano una materia, *nisi tota lege perspecta*, perchè dal loro insieme possa cavarsi la volontà della legge: dallo studio parziale delle disposizioni non possono derivarne che contraddizioni. Quando la legge per la formazione di tutti i contratti traslativi di pro-

prietà, meno quelli che riguardano beni immobili, impone, sotto pena di nullità, la scrittura pubblica o privata, e l'articolo 701 richiede appunto un titolo traslativo di proprietà, perchè si abbia la buona fede legale necessaria all'acquisto dei frutti; non è d'uopo ricorrere ad escogitazioni o ad argomenti ingegnosi per comprendere che non deve parlarsi di titolo traslativo, laddove manchino quegli elementi di forma che si reputano indispensabili alla esistenza legale del medesimo. Se la legge bisogna spiegarla colla legge, questo concetto ci sembra indiscutibile; e il Pacifici-Mazzoni, che nell' *Appendice* al volume V delle sue *Istituzioni* ha messo così bene in chiaro questo punto, dovrebbe, per necessità di logica, convenirne. Ma egli si lascia vincere dal solito vezzo di tener bordone agl' insegnamenti della dottrina francese, la quale è concorde nell'ammettere, senza riserva, che i titoli traslativi di proprietà, per quanto viziati nella sostanza o nella forma, debbono sempre reputarsi abili a produrre nel possessore di buona fede il dritto all'acquisto dei frutti.

96. — Ci sia lecito affermare che tale dottrina non deve seguirsi in Italia per due ragioni, le quali segnano una differenza notevole tra le due legislazioni. Apprendiamo la prima dal Pacifici-Mazzoni: « Pare », son sue parole, « che nel Codice napoleonico la dottrina degli atti inesistenti, i compilatori del medesimo non la conoscessero, almeno in modo completo e preciso » (1). Pigliamo atto di questa, che parci preziosa dichiarazione del Mazzoni, per cavarne tutte le conseguenze che rampollano logicamente dal principio posto dal chiaro interpetre; ma ch'egli rifugge di accettare nella loro interezza, quando si tratta di applicarle alla percezione dei frutti.

Noi si conviene pienamente che la teorica dei contratti solenni non abbia ricevuta completa esplicazione nel Codice francese; ed aggiungiamo ancora ch'essa, almeno nella

(1) *Istituz.*, vol. V, Append., pag. 575; Ved. pure pag. 564, ivi.

forma impressa dalle legislazioni odierne, sia ignota al dritto romano, il quale vanta bensì i contratti letterali, ma non vi ha in essi alcun vincolo di affinità con quelli affermati dal dritto moderno. Il principio informatore di questi riposa sulla necessità dell' osservanza di una forma solenne, qual elemento integrante dell' esistenza legale del titolo: essa mira ad assicurare la libertà del consenso, sottraendolo, per quanto è possibile, alle insidie ed alle sorprese inopinate, e ad apprestare quelle guarentigie legali che meglio valgono a costatarne la certezza e la veracità. Se però, più che alle apparenze, guardiamo al fondo ed allo spirito delle istituzioni, ci avverrà di trovare come la *stipulatio* romana sia quella che maggiormente, e in certo modo, si avvicini alla natura degli odierni contratti solenni. Contrattazione sacramentale originata dal *jus strictum*. valida solo quando fosse compiuta dalle parti *praescriptis verbis* ed osservate tutte le formalità all' uopo richieste; obbligatoria sempre per un *certum*; indeclinabile nelle sue conseguenze, anche quando il consenso di taluna delle parti non fosse stato libero o inevitabile fosse la lesione derivante dallo stipulato; essa rappresenta il bisogno sociale di sottoporre a forme solenni taluni rapporti giuridici, nel fine di renderne certa, sicura, irretrattabile l' esecuzione nelle attinenze più importanti della vita. Ma, come avviene di tutte le istituzioni primitive, la forma prevalse ed uccise la sostanza. Onde la necessità prima nel pretore di accordare un' *exceptio perpetua si iniquum foret reum condemnari;* e la desuetudine poi in cui, sotto Giustiniano, specialmente, cadde la *stipulatio,* mediante la introduzione degli istrumenti, *instrumenta,* redatti in iscritto, i quali ebbero piena fede tra le parti; poichè esoneravano colui che li produceva dall' obbligo di provare le circostanze della stipulazione, ritenendosi per vere tutte le dichiarazioni e menzioni contenute nell' *instrumentum* sino a prova evidentissima in contrario. Ma questi furono strumenti probatorî compiuti in quella data forma piuttosto per volontà ed utilità delle

parti, anzichè resi obbligatorî per necessità della legge, sotto pena di non poter produrre quegli effetti giuridici che si avevano in mira. Il bisogno però di rivestire di forme solenni gli atti, che si collegano ai più alti interessi della vita civile, era troppo sentito e troppo imperioso perchè potesse restare lungamente inascoltato. Il Codice francese diede le mosse, ma restrinse l' opera sua a pochissimi atti: il matrimonio, il testamento e la donazione. Ed ecco i contratti solenni del dritto moderno, i quali differiscono in ciò dalla *stipulatio* romana, ch' essi non uccidono la sostanza per fare omaggio alla forma, ma si servono della forma per meglio assicurare e garantire la sostanza del contratto.

Il Codice italiano pertanto ha dato un maggiore significato ed un più largo sviluppo alla teoria dei contratti solenni facendone applicazione a tutti quegli atti che servono, in qualsiasi modo, a trasferire dritti reali sui beni immobiliari od a vincolarne per molto tempo la loro libertà, alle transazioni ed agli atti costitutivi di rendita perpetua o vitalizia: onde la necessità della scrittura pubblica o privata dell' articolo 1314. Il Codice napoleonico anch' esso richiede per tali atti la scrittura pubblica o privata; ma, mancandovi la sanzione di nullità come nell' articolo citato del Codice italiano, ben si è deciso dagl' interpetri, che ivi la scrittura è richiesta ad *probationem tantum* (1). — È questa la prima ragione per cui avvisiamo di doverci allontanare dalle tracce della dottrina francese. Se si compie difatti un contratto traslativo di proprietà immobiliare, nel quale sono osservate pienamente tutte le disposizioni della legge relative alla capacità delle parti ed alla libertà del consenso, in guisa che non faccia difetto alcuno di quegli elementi richiesti per l' essenza e la validità della convenzione; la mancanza o il vizio del pubblico strumento o della scrittura privata non conduce nel Codice francese alla nullità del contratto, ma all' obbligo bensì di ricorrere ad altri mezzi

(1) Aubry e Rau, op. cit., vol. I, § 243.

di prova, non potendo valersi della letterale, per dimostrare l' esistenza del contratto (1). La forma letterale nei contratti traslativi a titolo oneroso, secondo il Codice napoleonico, non è condizione di esistenza, ma prova del titolo. Epperò, quando gli scrittori francesi ritengono che la mancanza o il vizio dell' atto pubblico o scrittura privata nel titolo traslativo non sia di ostacolo al possessore di buona fede quanto all' acquisto dei frutti, non fanno che applicazione della teorica generale dei contratti, qual è posta dal Codice napoleonico, e son di accordo colla logica e col precetto della legge. Ma, mutato il principio per l' articolo 314 del Codice italiano, bisogna altresì che mutino le conseguenze. La mancanza dell' atto scritto, secondo questo, porta con sè la mancanza assoluta o meglio l' inesistenza del titolo traslativo; e, poichè ciò che non esiste non produce punto effetti giuridici, è necessità inesorabile di logica convenire che il terzo possessore potrà essere di buona fede nel senso volgare della parola, ma, difettando assolutamente di titolo, non può giammai aspirare validamente all' acquisto dei frutti.

97. — Un' altra ragione di grande rilievo serve benissimo in Francia a legittimare pienamente la dottrina che noi combattiamo sotto l' impero del Codice italiano ed è quella stessa che abbiamo altrove messa in rilievo (2), e che costituisce una differenza profondamente spiccata tra le due legislazioni: è il principio di fatto che governa l' intera materia del possesso di buona fede relativo all' acquisto dei frutti. Da un principio così largo larghissime si son cavate le conseguenze dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese; e si è venuti all' opinione, universalmente accettata, che non pure i vizi di forma, ma quelli di sostanza eziandio non facciano ostacolo al titolo per produrre nel possessore la buona fede necessaria all' acquisto dei frutti. La conse-

(1) LAURENT, vol. VI, n. 212.

(2) Vedi la prima parte del capitolo III, n. 37 e seg.

guenza è assai grave, ma è ben giustificabile nel Codice napoleonico il quale unica condizione richiede per l'acquisto dei frutti: la buona fede del possessore; il titolo è richiesto, ma come occasione ed elemento della medesima, per darle cioè una tinta di legalità, anzichè renderla tale in tutta la sua pienezza. In sostanza la buona fede ivi è tutto: basta la retta e seria convinzione di essere divenuto legittimo proprietario in virtù d'un atto, ch'abbia la parvenza più che la sostanza del titolo (titolo putativo); o di un titolo, anche reale, ma che non racchiuda in sè tutti gli elementi necessari a costituirlo, perchè il possessore, ignorando perfettamente tali vizi, possa con dritto acquistare i frutti percepiti dal fondo altrui. È questo il concetto del legislatore, questa la dottrina degli scrittori e della giurisprudenza francese; noi non abbiamo fatto che riassumerla: è bene però che la loro stessa parola confermi e dia valore a quel che abbiamo esposto.

« La buona fede richiesta per la prescrizione di dieci o venti anni esige condizioni più severe; non esiste punto quando il titolo è nullo per manco di forma: qui all'incontro basta che il possessore *ignori i vizi del suo titolo, quali che siano* » (1). « Generalmente i vizi di forma del contratto non ostano all'acquisto dei frutti, benchè siano di ostacolo alla prescrizione di dieci o venti anni, giacchè questa prescrizione è fondata sul titolo e per conseguenza sul *dritto;* ora il titolo nullo per mancanza di forma non è titolo; invece, la buona fede, consistente nell'opinione in cui è il possessore di aver acquistato da chi aveva dritto di alienare la cosa, è di *fatto* e non di *dritto* » (2). « Se si trattasse pel possessore di prescrivere con dieci o venti anni la proprietà di un immobile da lui acquistato, l'articolo 2267 gli dichiarerebbe nettamente che il titolo nullo per manco di forma non può servir di base alla prescri-

(1) MARCADÉ, vol. II, art. 550.
(2) DURANTON, vol. II, art. 352.

zione di dieci o venti anni. Ma si tratta dell' acquisto dei frutti, ossia di una materia governata da regole tutte speciali; e l' articolo 550 limitandosi a dichiarare, nei termini più generali, che il possessore è di buona fede, quando ignora i vizi del suo titolo, senza far distinzione alcuna tra' diversi vizi onde il titolo può essere infetto, tra le nullità relative e le nullità assolute, è uopo conchiudere che il possessore è di buona fede, quando ignora i vizi del suo titolo, quali che siano d' altronde questi vizi, vuoi di forma, vuoi di fondo » (1). « Chiamasi possessore di buona fede colui che possiede come proprietario, in virtù di un titolo traslativo di proprietà di cui ignora i difetti. Importa poco la natura di questi vizi, siano di merito o di forma, menino ad una nullità relativa o ad una nullità assoluta; non ve ne ha alcuno che faccia di per sè ostacolo al guadagno dei frutti, perchè non ve ne ha alcuno che la legge presume necessariamente conosciuto dal possessore » (2). Ma l' ultima parola vogliamo lasciarla a colui che può dirsi benissimo l' organo della giurisprudenza francese: « Cette matière de l'acquisition des fruits par le possesseur est une matière toute spéciale qui n'est point absolument régie par les principes de la prescription; et l'article 550 posant, en règle générale, que le possesseur est de bonne foi, et à ce titre fait les fruits siens lorsqu'il ignore les vices de son titre, sans établir, à cet égard, de distinction entre les vices de forme et les vices de fond, les vices qui entraînent des nullités absolues, et ceux qui ne rendent le titre qu'annullable, il y a lieu d'en conclure régulièrement que le possesseur ici, malgré le vice de forme du titre en vertu duquel il possède, peut néammoins être considéré comme étant de bonne foi » (3).

98. — Il Laurent pertanto, con quella indipendenza di giudizio che tanto lo distingue, pone un principio che è il *non*

(1) Demolombe, vol. V, n. 608.
(2) Aubry e Rau, op. cit., vol. I, § 201.
(3) Dalloz, *Répert.*, v. « Propr. », n. 328.

plus ultra di ciò che possa dirsi nel Codice francese. Le sue parole son brevi ma significative: sentiamo il debito di citarle: « Ce que le code appelle nul en la forme est par fois synonime de non existant, c'est-à-dire que le titre nul n'a pas d'existence aux yeux de la loi, et que par suite il ne peut produire aucun effet. Telle est la donation nulle en la forme; l'article 1339 la considère comme inexistante, à ce point qu'il ne permet pas de la confirmer, parce qu'on ne confirme pas le néant. De là suit que la donation nulle en la forme n'est pas un titre; le possesseur ne peut donc s'en prévaloir pas plus pour l'acquisition des fruits que pour la prescription. C'est l'application des principes qui régissent les contrats inexistants » (1).

Questa teorica del Laurent noi dubitiamo fortemente se possa accettarsi sotto il Codice napoleonico, in presenza dell'articolo 550 che fa dipendere la buona fede del possessore da un esame puramente di fatto. Ma essa nel Codice italiano deve accettarsi senza riserva; poichè, non esistendo quivi, come nel Codice francese, diversità di sistema nei principî regolatori del possesso di buona fede, secondochè produca l'effetto della prescrizione o quello dell'acquisto dei frutti, ed essendo unico invece il concetto legislativo che governa l'una e l'altra ipotesi, bisogna applicare in ambo i casi le regole generali di dritto. Onde, nell'articolo 701 del Codice italiano non si ha più da scorgere, come nell'articolo 550 del Codice napoleonico, una disposizione sottratta all'impero delle leggi comuni e governata solo da norme eccezionali di dritto, anzi destituita di ogni valore legale, traendo la sua efficacia da motivi puramente morali o di fatto; ma bensì un'attinenza giuridica speciale, la quale, per quanto possa avere origine dal fatto, ubbidisce sempre interamente, in tutto ciò che non forma obbietto di eccezione espressa, ai principî generali di dritto che regolano la materia dei contratti, delle donazioni, e dei testamenti, per quanto riguarda

(1) Op cit., vol. VI, n. 211.

il valore e l'efficacia del titolo; ed alle altre regole generali legislative nella determinazione dei rapporti giuridici cui possa dar luogo.

99. — Cavando argomento dalla doppia innovazione apportata dal Codice italiano, tanto nel ridurre sotto il dominio delle leggi comuni le disposizioni speciali intorno alla percezione dei frutti, quanto nell'imprimere il carattere di solenni a tutti quei contratti che servono a trasferire dritti immobiliari, dobbiamo venire necessariamente alla logica conseguenza di dover fare applicazione dei principî ordinari, stabiliti dalla legge, anche nella materia del possesso di buona fede relativo all' acquisto dei frutti. E poichè la scrittura pubblica o privata nel Codice italiano, non pure è condizione essenziale del testamento e della donazione (soli contratti, oltre quello di matrimonio, ritenuti solenni dal Codice napoleonico), ma di tutti quelli compresi nelle categorie dell' articolo 1314 eziandio, bisogna convenire che, laddove essa manchi, essendo inesistente il titolo traslativo, non possa produrre, come qualunque altro effetto giuridico, anche quello dell'acquisto dei frutti. Questo risulta, in modo assai chiaro, dalle disposizioni combinate degli articoli 804, 1056, 1314 e dal vero significato che deve darsi all'articolo 701.

Ma come spiegarci allora la diversa locuzione adoperata dalla legge negli articoli 701 e 2137, per cui, esigendo espressamente solo in quest'ultimo, riguardo all'effetto della prescrizione decennale, che il titolo non sia nullo per difetto di forma, dà chiaro ad intendere che possono esservi vizi di forma, i quali, quando sono ignorati, non ostano all'effetto dell'acquisto dei frutti? Veramente non sapremmo comprendere come mai siasi posta tale differenza tra i due articoli anzi citati, se non fosse l'antecedente storico che essa, trovandosi negli articoli 550 e 2267 del Codice francese, è passata tale anche nel Codice italiano. In quello però tale diversità di locuzione, se non razionalmente, trovasi almeno positivamente giustificata dal principio diverso che governa il possesso di buona fede relativo alla prescrizione e quello

relativo all'acquisto dei frutti: se non si è nella piena osservanza dei principî rigorosi di dritto, non si è in contrasto colla logica. Il Codice italiano, bisogna confessarlo, ha segnato un gran progresso, nel collocare sotto il dominio delle medesime regole di dritto la materia della percezione dei frutti e quella della prescrizione di dieci anni; ma pure è debito di franchezza dichiarare come qui, per un certo qual rispetto troppo ossequente del passato, che spesso attutisce lo spirito di esame, ponendo una differenza, diremo quasi, ingiustificata tra le due istituzioni, si mostri inconseguente a sè stesso.

L'istituto della percezione dei frutti e quello della prescrizione di dieci anni non sono che due momenti diversi del medesimo principio: quello di far acquistare prima la rendita e poscia anche la proprietà della cosa altrui al possessore di buona fede. Le ragioni fondamentali che giustificano razionalmente siffatta conseguenza le abbiamo esposte largamente altrove (1); ma vuol sapersi ancora come mai possa legittimarsi, ed in virtù di qual principio giuridico, il dritto nel possessore di buona fede di raccogliere per sè i frutti del fondo che non è suo. Il Pothier risponde col dritto di proprietà, ma questa sua affermazione è stata vivamente combattuta. A noi pare, invece, ch'essa sia esatta; se non che merita di essere chiarita. Tale sentenza dell'insigne giureconsulto non deve assumersi nel senso che il possessore acquista i frutti perchè proprietario: niente di più falso, se è l'uno non è l'altro; ma, non essendo tale, come mai può godere di quei dritti che sono unicamente riservati al vero proprietario? Se il possessore non è proprietario ne ha la coscienza, poichè ha compiuti tutti quegli atti e ottemperato a tutti quei precetti, che la legge vuole siano osservati da chi intende divenire regolarmente proprietario di una cosa. Dalla coscienza di avere adempiuti esattamente gli obblighi imposti dalla legge per acquistare il dominio delle

(1) Vedi Nozioni generali, capitolo III, n. 21 e seg.

cose, sorge nel possessore la giusta certezza di essere divenuto legittimo proprietario, e di potere perciò esercitare tutti quei dritti che a questo veramente appartengono. L'adempimento del dovere è la causa e il limite dell'esercizio del dritto; l'uno è condizione dell'altro. Da ciò la conseguenza inconcussa che il possessore di buona fede, comunque non sia il vero proprietario, abbia nondimeno giusta ragione di credersi tale: la sua condotta inappuntabile giuridicamente gli è di salda guarentigia. La proprietà adunque è in lui, come in lui è la volontà e l'attività del proprietario sino alla dimanda di rivendicazione: la sicurezza di aver acquistato realmente il dominio della cosa gli viene dall'osservanza della legge; se il suo autore avesse avuto il dritto, come aveva la capacità, di trasferirgli la cosa, egli sarebbe divenuto senza dubbio proprietario effettivo.

Presa in tal senso la sentenza del Pothier è fuori discussione; ma questo stesso concetto, il quale si mostra tanto evidente nei suoi motivi, ci mena ad un'altra conseguenza; che cessa cioè la ragione di esser protetto così largamente il possessore, laddove non abbia soddisfatto a taluna delle prescrizioni stabilite dalla legge per operarsi validamente il trasferimento della proprietà. La sua condizione non merita nè maggiore indulgenza, nè maggiore severità di quella che vien concessa a colui che acquista dal padrone effettivo della cosa; unica è la differenza che corre fra di loro: l'uno acquista dal vero, l'altro dal falso proprietario. Il primo diviene proprietario irrevocabile perchè tale era il suo autore, il secondo lo sarebbe divenuto, avendo adempiuti tutti i dettati imposti dalla legge; ma, non essendolo il suo autore, ha dritto solo ai proventi che derivano dalla cosa sinchè il proprietario non l'avrà rivendicata dalle sue mani, od egli, col decorrimento del tempo, non l'avrà usucapita contro il proprietario. Se però il possessore ha, nel momento dell'acquisto, omesso di osservare taluna di quelle condizioni, senza di cui il contratto non esiste dinanzi alla legge, o che pure esistendo esso è annullabile, la sua buona fede non è legal-

mente possibile; mancandogli nel primo caso assolutamente il titolo, e dovendo nel secondo aspettare che il vizio sia sanato dal tempo o da un atto confermativo, perchè possa essere produttivo di effetti giuridici. Queste regole, come valgono per colui che acquista dal vero proprietario, debbono anche valere pel possessore di buona fede che acquista dal proprietario apparente; egli non può aver dritto a favori o a privilegi contro il primo, senza che siano manomessi a un punto i principî di moralità e di giustizia.

100. — Bisogna, dunque, convenire che nessuna di quelle colpe od inosservanze, che non sogliono condonarsi a chi acquista regolarmente la proprietà effettiva delle cose, debba condonarsi al possessore di buona fede che solo ne acquista la proprietà apparente: entrambi debbono ubbidire alla stessa legge, comunque, per la ragione che l'uno diviene proprietario effettivo e l'altro no, mutino le conseguenze giuridiche. È questo il concetto razionale derivante dalla natura stessa delle cose, ed in ciò consiste la nozione fondamentale del possesso di buona fede. La percezione dei frutti e la prescrizione di dieci anni sono l'espressione di due momenti del medesimo rapporto giuridico: si dà luogo al primo effetto dall' istante che si acquista; si dà luogo al secondo, quando è scorso un periodo di tempo, il quale nel concetto legislativo forma l'equivalente del titolo realmente traslativo che manca. E il tempo ha valore, nell'esplicarsi delle attinenze giuridiche, non come semplice misura in sè; ma come misura bensì dei dritti e delle obbligazioni che si svolgono in esso, qual conseguenza immediata dei mutamenti e delle trasformazioni che si compiono nel rapporto dell' uomo colle cose circostanti. Il trascorrimento del tempo, adunque, costituisce l' elemento differenziale tra l' acquisto dei frutti e la prescrizione della proprietà: le altre condizioni debbono rimanere integre; poichè nel loro complesso è la causa efficiente del possesso di buona fede, produttivo così dell' uno come dell' altro ordine di effetti.

Laddove però voglia parlarsi correttamente ed in con-

formità dei principî, occorre fare un'altra osservazione. Per l'articolo 1942 il trasferimento dei dritti immobiliari non è valido nel rapporto coi terzi, se prima il titolo traslativo non sia trascritto a norma dell'articolo 1932; quanto ai beni mobili basta che al titolo di trasferimento segua il semplice possesso, purchè di buona fede, acciò sia produttivo di effetti giuridici anche riguardo ai terzi (art. 1126). Laonde se il decorrimento di dieci anni funge, secondo il concetto legislativo, solo le veci del titolo di trasmissione che muove dal vero proprietario, occorre sempre di necessità un'altra condizione perchè l'acquisto sia perfetto anche in faccia ai terzi: la trascrizione del titolo. E poichè il proprietario non è che semplicemente un terzo nei rapporti col possessore, è mestieri logicamente che questi abbia trascritto, perchè possa dirsi di aver acquistato validamente contro quello la proprietà della cosa mediante la lunga prescrizione. È perciò che l'articolo 2137, nel disporre che il possessore di buona fede non può prescrivere con dieci anni se non abbia prima trascritto e dalla data della trascrizione, consacra un dettato che è l'espressione dei principî generali del Codice. Questa condizione non è necessaria per l'acquisto dei frutti divenendo mobili essi colla semplice percezione; e non essendo pel trasferimento dei beni mobili, così tra le parti come di fronte ai terzi, mestieri della trascrizione (articoli 1125, 1126). Ogni altra differenza posta dai legislatori nelle condizioni costitutive del possesso di buona fede, relativo all'acquisto dei frutti e di quello relativo alla prescrizione di dieci anni, che non si risolva nel tempo e nella trascrizione del titolo, è razionalmente ingiustificabile. Onde dobbiamo fare le nostre meraviglie come mai il legislatore italiano, dopo aver fatta sparire l'opposizione, tanto deplorevole negli altri Codici, tra' principî regolatori dei due istituti, serbi tuttavia nell'articolo 2137 le tracce di una differenza che poteva, se non razionalmente, positivamente almeno, legittimarsi nel Codice francese, qual conseguenza necessaria del sistema adottato. La differenza adunque tra l'articolo 701

e 2137 è incontestabile, nè si limita solo al duplice elemento del tempo e della trascrizione, poichè riguarda eziandio i vizi di forma. Non è dato a noi, nella modesta condizione d' interpetri, di sconoscerla; sentiamo il debito però di contenerne l' efficacia nei limiti che l' applicazione dei principî generali e la logica del sistema adottato dal Codice italiano c' impongono, compatibilmente coi motivi che hanno potuto consigliare il legislatore a mantenerla. Saremo brevi nell' indagine, per quanto la gravità dell' argomento possa concederlo.

101. — Quali sono mai tali vizi del titolo che la legge ha voluto condonare al possessore di buona fede per ciò che riguarda il semplice acquisto dei frutti? Abbiamo già affermato che, dove manchi taluno degli elementi essenziali per natura alla formazione del titolo, esso non esiste di fatti; e dove ancora faccia difetto alcuna di quelle forme solenni, richieste sotto pena di nullità dalla legge, che rendon vero quell' adagio *forma dat esse rei;* il titolo, sebbene esista naturalmente, non può dirsi che abbia esistenza legale, epperò si mostra destituito di qualunque efficacia giuridica. Questi principî, per le ragioni anzi esposte ci sembrano inconcussi; ed osiamo ancora affermare, salvo ad esporne in seguito le ragioni, che neanche debba noverarsi tra' vizi condonati al possessore di buona fede per l'acquisto dei frutti quello derivante dall' aver acquistato, ignorandolo, da persona incapace; non potendosi derogare al noto principio di dritto che nessuno deve ignorare la condizione della persona colla quale contrae. Ma, esclusi questi, sorge legittima la domanda se siano mai possibili altri vizi di forma (senza tener conto di quelli del dolo e della violenza, i quali, come vedremo in seguito, sono incompatibili colla esistenza della buona fede) che rendano applicabile nel fatto la disposizione della legge. Proviamoci a dimostrare che sì.

Vi ha dei casi in cui, pur adempiute tutte le condizioni essenziali tanto di sostanza che di forma, il titolo esiste non

solo naturalmente, ma giuridicamente eziandio; ciò non ostante, però, esso si trova offeso da tali vizi che lo rendono invalido e soggetto ad essere annullato. Ma il titolo esistendo esercita regolarmente tutti gli effetti giuridici di cui è capace, sinchè la dimanda di nullità, proposta dalle parti, non venga avvalorata dalla sentenza del magistrato; salvo che il vizio sia stato sanato dal trascorrere del tempo (art. 1300), ovvero corretto mediante un atto di ratifica o di conferma (art. 1309). Onde la teoria dei titoli *annullabili* in contrapposto a quella dei titoli *nulli od inesistenti.* Esse hanno un campo comune, nel senso che anche i titoli semplicemente annullabili, quando sono realmente annullati, si reputano come non fatti fin dal primo istante del loro apparire; ma differiscono in questo, poi, che i titoli inesistenti, non avendo entità giuridica, poichè mancano di quegli elementi di sostanza o di forma che ne costiuiscono l'essenza, sono nulli di pieno dritto ed incapaci perciò di produrre qualunque effetto giuridico, ad essere sanati col tempo o in virtù di atti confermativi; mentre gli altri esistono legalmente e sono produttivi di effetti giuridici, sinchè la nullità non venga pronunziata dalla sentenza del magistrato, e possono nel tempo o nella conferma trovare il rimedio efficace ai loro difetti. Evidentemente la legge non potea assolvere dai primi il possessore, senz' abdicare ai principî più accertati ed elementari di dritto; bisogna quindi cercare nella seconda categoria cotali vizi che possono, quando sono ignorati, non far ostacolo al possessore di buona fede per quanto riguarda l' effetto dell' acquisto dei frutti.

Per non istarci oltre su' generali, diciamo che tali casi possono presentarsi: o quando nel formarsi una donazione, la quale a norma dell' articolo 1056 debb' esser fatta con pubblico strumento, il notajo che la redige sia per ragion di luogo incompetente, ovvero per qualunque delle cause espresse dalla legge sia cessato dall' esercizio del suo ministero, e dopo che tale cessazione è stata resa pubblica; o quando, nel compiersi un contratto di vendita o qualunque

altro che porti alienazione di dritti immobiliari, essendosi scelta dalle parti la forma dell' atto pubblico, sia questo per difetto di formalità vizioso: come se non venga ricevuto alla presenza di due testimoni, ovvero questi siano incapaci o non abbiano sottoscritto, senza che d'altro canto possa, secondo l'articolo 1316, valere come scrittura privata per manco di sottoscrizione delle parti; o quando in generale non siasi osservata, nella formazione dello strumento, taluna delle formalità prescritte dalla legge nell' intento di meglio assicurare l' espressione della volontà dei contraenti (1). In tutte siffatte ipotesi le quali possono moltiplicarsi a piacere per quante sono le formalità richieste dalla legge che possono restare inadempiute, il titolo reclamato formalmente dall' articolo 701 esiste incontestabilmente, nè può mettersi in forse; sì perchè concorrono tutti gli elementi sostanziali costitutivi del contratto; sì perchè sono state osservate quelle forme essenziali il cui inadempimento, secondo la bella espressione del Laurent (2), viziando l'atto, rende nullo o meglio inesistente il contratto. Sono semplici vizi di forma quelli cui

(1) Quali siano i casi in cui l' atto notarile debba considerarsi nullo, viene stabilito dall' art. 49 della legge sul Notariato. « L' atto notarile è nullo, salvo ciò ch' è disposto dall' art. 1316 del Codice civile: 1° Se è stato rogato dal notaro prima di essere scritto nel ruolo a norma dell' art. 21; 2° Se fu ricevuto da un notaro che abbia cessato dall' esercizio per qualunque delle cause espresse dalla legge, e dopo che la cessazione è stata pubblicata; 3° Se fu ricevuto in contravvenzione al n. 2 dell' art. 24. La contravvenzione al n. 2 dell' art. 24 importa la nullità delle sole disposizioni accennate nello stesso numero; 4° Se non furono osservate le disposizioni degli articoli 26, 40, 42, 45, 46, 47 e 48, e dei numeri 10 e 11 dell' art. 43; 5° Se esso manca della data o non contiene indicazione del luogo in cui fu ricevuto; 6° Se non fu fatta menzione della lettura dell' atto alle parti eseguita in presenza dei testimoni. Fuori di questi casi l' atto notarile non è nullo, ma il notaro che contravviene alle disposizioni della legge va soggetto alle pene nella medesima sancite ». *Raccolta ufficiale di leggi e decreti,* volume XLVI, n. 2786.

(2) Op. cit., vol. VI, n. 211; vol. XXII, n 394.

accenniamo, i quali, senza impedire l' esistenza del titolo, lo rendono invalido: da questi soltanto la legge ha voluto assolvere il possessore.

102. — E poichè sotto la denominazione generica di *titolo abile a trasferire il dominio*, adoperata dall' articolo 701, debbono, secondo abbiamo dimostrato, ritenersi compresi i titoli universali e perciò i testamenti che spesso servono anche di titolo particolare, bisogna riconoscere che essi possono presentarsi eziandio macchiati da quei vizi di forma di cui parla la legge, i quali, senza renderli a dirittura inesistenti, valgono nondimeno ad offenderne la validità. Numerose invero sono le formalità che il legislatore, secondo le varie forme ch' esso assume, richiede nel testamento; ma di esse, come nei contratti ordinari, talune sono richieste quali condizioni costitutive l' essenza del testamento; le altre non servono che a renderlo valido ed immune da qualunque attacco. Se mancano le prime, il testamento non ha esistenza e si considera come non avvenuto; se fanno difetto le seconde, il testamento esiste, ma può venire impugnato, ed è quindi soggetto ad essere annullato. Questa distinzione, sebbene non risulti dalla parola dell' articolo 804 che adopera la locuzione generica *tali formalità debbono osservarsi sotto pena di nullità*, sta tuttavia nello spirito di esso; ed è sempre obbligo del magistrato distinguere tra le formalità essenziali e le accidentali, pronunziando anche di ufficio la nullità nella inosservanza delle prime, e trattenendosi dal pronunziarla nel difetto delle seconde, quando non sia espressamente dedotta dalle parti. E tale, a nostro avviso, debb' essere il significato dell' articolo 1311; che possono cioè sanarsi colla *conferma*, *ratifica* od *esecuzione volontaria* solo quei vizi di forma che non riguardano l'essenza della donazione o del testamento. Così, mancando la scrittura pubblica nella donazione, l' opera del notajo nel testamento pubblico, la scrittura vergata dalla mano del testatore nel testamento olografo; la ratifica, la conferma o l' esecuzione è impossibile, poichè il titolo giuridicamente

non esiste, ed il nulla, a norma dell'articolo 1310, è perfettamente insanabile.

Nè sarebbe nel vero chi volesse per poco ritenere, che l'articolo 1311 deroghi all'articolo 1310; perciocchè in primo luogo osta la ragione della legge, la quale non potrebbe sottrarsi all'enorme contraddizione di sconfessare la necessità e il valore delle *forme solenni*, proprio negli atti più solenni ed importanti della vita, *donazioni* e *testamenti;* dove più imperiosa e maggiormente invocata si porge questa suprema guarentigia sociale, appunto per assicurare la sincerità e la certezza delle disposizioni a titolo gratuito, le quali, per la loro stessa natura, son fatte segno alle insidie, agli scaltrimenti ed alle sorprese più frequenti e più rischiose. Ed in secondo luogo osta, in modo evidente, la locuzione diversa delle due disposizioni: nell'articolo 1310 difatti si dice, che *non possono sanarsi con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità:* mentre nell'articolo 1311 si tratta invece che *la conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione.* La differenza è assai notevole perchè balzi agli occhi dei meno veggenti: nell'ipotesi dell'articolo 1310 il titolo non esiste a dirittura, mancando assolutamente la forma solenne in cui debb'estrinsecarsi; nell'ipotesi dell'articolo 1311 al contrario la forma c'è, ma viziata; nel primo caso vi ha *difetto di formalità*, nel secondo solo *vizi delle forme*. È questa la retta interpetrazione di siffatto articolo che il Laurent chiama anomalo (1), e che consacrerebbe una flagrante contraddizione laddove non fosse in armonia con quello che lo precede. E qui ci soccorre della sua autorità il Pacifici-Mazzoni: « La legge », egli scrive sensatamente, « nominando la disposizione testa-

(1) Vol. XXXII, n. 392.

mentaria, presuppone l' esistenza di un testamento; perocchè non si dà disposizione testamentaria senza testamento » (1). — Se poi volesse cercarsi la ragione di tale articolo, quando per nulla esso deroga alla disposizione assoluta dell' articolo 1310, non sarebbe gran fatto difficile il trovarla. Primieramente era d' uopo il dichiarare, in termini espressi, che anche la donazione e il testamento, atti eminentemente solenni, possono venire sanati allorchè il vizio di forma intacca la validità, senza che sia di ostacolo alla esistenza del titolo; ed in secondo luogo, poichè la efficacia di tali atti si esercita ordinariamente dopo la morte di colui che li ha posti in essere, non potendo più da questo correggersi o ricostituirsi un atto vizioso, bisognava riconoscere negli eredi od aventi causa la facoltà di poter adempiere, come a un sacro debito, al supremo volere del loro autore. Questo volere però sarebbe inesistente ed impossibile dinanzi alla legge, laddove non fosse manifestato nelle forme da essa stabilite.

103. — Poichè solo l' articolo 2137 richiede espressamente che il titolo di acquisto *non sia nullo per difetto di forma* nel fine di valersi della prescrizione di dieci anni, bisogna convenire che vi hanno certi difetti di forma i quali, comunque offendano il titolo, non sono tuttavia di ostacolo all' acquisto dei frutti: altra non può essere la volontà della legge. Ma essendo sempre necessario *un titolo abile a trasferire il dominio* nel possessore di buona fede, così per l' acquisto dei frutti che per la prescrizione della proprietà; nè potendo l' idea del titolo traslativo di dominio concepirsi disgiunta da quelle forme solenni che la legge richiede come condizione di esistenza, ci sembra evidente il principio da noi posto, che il difetto di forma cioè non costituisce ostacolo all' acquisto dei frutti solo quando, senz' essere d' impedimento all' esistenza legale del titolo, ne offende semplicemente la validità. Così ci è parso di potersi conciliare questa

(1) *Istit.*, vol. V, Append., pag. 583. Di opposto avviso sembra il Borsari, op. cit., vol. III, § 1717.

disposizione speciale della legge co' principî generali che governano la teoria dei contratti solenni. Fuori di questa conciliazione non rimane che o riconoscere col Pacifici-Mazzoni, anche ne' titoli inesistenti per mancanza di forma, una certa efficacia giuridica, quella di poter menare all'acquisto dei frutti (1), dando così al *niente* la virtù di produrre l' *ente;* o, non tenendo affatto conto col Borsari della chiara volontà della legge risultante dalle disposizioni combinate degli articoli 701 e 2137, affermare in modo assoluto, « che i vizi di forma che annullano l' atto, lo rendono inabile sì all' acquisto dei frutti che alla prescrizione » (2). Se molto indulgente è l' opinione del primo, assai arbitraria è quella del secondo: non crediamo d'insistere oltre su questo punto, avendo detto abbastanza nei numeri precedenti.

È bene però di aggiungere un' ultima parola per porre in rilievo i motivi che hanno potuto consigliare il legislatore a consacrare una differenza che, guardata astrattamente, non pare soddisfi ai postulati del dritto razionale: ma la legislazione, per la natura stessa dell' ufficio che sostiene, è d' uopo scenda a molti ripieghi ed a moltissimi espedienti nel fine di conciliare le necessità ideali del dritto colle esigenze reali della vita. Il motivo più immediato consiste nell'esempio degli altri Codici, dove l' istituto della percezione dei frutti vien considerato come materia semplicemente di fatto in contrapposto a quello della prescrizione (3): è assai difficile distruggere in una sola volta un antecedente storico di molti secoli e di molte vicende! Ma vi hanno pure due ragioni di sostanza che meritano di non passare inosservate. — E in primo luogo è giusto che la legge serbi una misura di trattamento diversa, secondo la

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, vol. III, n. 175.

(2) Borsari, op. cit., vol. II, § 1498.

(3) Duranton, vol. II, n. 352; Marcadé, vol. II, art. 550; Demolombe, vol. V, n. 608; Laurent, vol. VI, n. 221; Pacifici-Mazzoni, op. e loc. cit.

diversità delle condizioni che valgono a produrre effetti giuridici. Or tre ipotesi possono presentarsi relativamente al possesso della cosa altrui: o che taluno cominci a possedere colla coscienza di commettere un' usurpazione; o che nella certezza di essere divenuto proprietario entri nel possesso di una cosa, ignorando che altri sia il vero proprietario della medesima, ed ignorando altresì di esservi nel titolo di acquisto certi vizi di forma, che il rendano soggetto ad annullamento; o che infine alla ignoranza perfetta del vero proprietario si aggiunga nel possessore la osservanza completa di tutti i precetti stabiliti dalla legge per compiersi regolarmente il trasferimento del dominio delle cose, in virtù di un titolo traslativo cui nulla possa rimproverarsi nella sostanza o nella forma. Nella prima ipotesi la legge punisce la colpa del possessore, obbligandolo a restituire interamente i frutti percepiti e che poteano percepirsi: *malitiis non est indulgendum.* La prescrizione di trent' anni, che gli viene poscia accordata, è un alto rimedio che, se da una parte tien conto delle ansie angosciose, delle amare espiazioni e della mutata coscienza del possessore, trae però la sua principal forza di giustificazione dalla necessità di evitare spostamenti arbitrari e postume perturbazioni nell' ordine e negl' interessi delle famiglie che vanno a risolversi in quelli della società: *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et vere semper incerta dominia essent* (1); — *propter vitandum longi temporis errorem et confusionem* (2); — *finis sollecitudinis ac periculi litium* (3). Nella seconda ipotesi abbiamo un possessore che si reputa proprietario, e lo sarebbe difatti se tale fosse stato il suo autore. I vizi di forma non sono di ostacolo all' esistenza del titolo, potendo correggersi facilmente colla conferma, colla ratifica o col tempo:

(1) Fr. 1, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.
(2) *Decretali,* lib. II, tit. XXVI, cap. 3.
(3) CICERONE, *Pro Caecina,* n. 26.

la coscienza del possessore è del resto tranquilla, ignorando egli completamente, così di non aver acquistato dal non proprietario, come di avere un titolo viziato nella forma. Accordargli il medesimo trattamento del possessore di mala fede sarebbe un atto di aperta ingiustizia; imprimere al suo titolo quella validità che, secondo i principî generali del dritto, non può avere, e riconoscere in esso la virtù di produrre certi effetti di cui non è legalmente capace, sarebbe un' offesa alla logica ed una ingiustizia non meno evidente. È perciò che la legge, mantenendosi in un giusto termine, accorda in tal caso al possessore di buona fede di acquistare la proprietà con trent' anni mediante la prescrizione, ed i frutti sin dal primo momento del suo possesso colla semplice percezione. Nella terza ipotesi, al contrario, poichè alla condizione subbiettiva del possessore, che ignora perfettamente essere altri il vero proprietario della cosa acquistata, si aggiunge la condizione obbiettiva di un titolo di acquisto costituito in piena regola, immune da qualunque vizio di sostanza o di forma, e trascritto per giunta; è giusto che la legge, pur consentendo al possessore di buona fede il dritto di far suoi i frutti, gli accordi, in omaggio alla perfetta osservanza dei suoi precetti ed alla maggiore diligenza adoperata, quello altresì di poter prescrivere con dieci anni.

L' altra considerazione poi che ha dovuto influire nell' animo del legislatore, per indurlo ad assolvere il possessore di buona fede dai vizi di forma riguardo all' acquisto dei frutti, sta in questo: che non può, cioè, nella maggior parte dei casi, accagionarsi il possessore della esistenza di tali vizi, essendo invece l' effetto dell' imperizia o della negligenza di altra persona. Ed allora sarebbe ingiusto di far ricadere su di lui le conseguenze di una colpa che non è sua: *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* (1). Il qual principio si rende assai più grave e più

(1) Fr. 74, *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.

imperioso in tal caso per la semplice ragione che, mentre quando si acquista dal proprietario effettivo può la conferma o la ratifica di costui sanare, sin dal primo istante della sua esistenza, l'atto vizioso del titolo di acquisto; qui, al contrario, se il vero proprietario intentasse la rivendicazione prima che tale atto di conferma si compia dal proprietario apparente, il possessore, malgrado la sua buona fede, si troverebbe sempre nella necessità di restituire interamente i frutti percepiti dalla cosa che aveva giusto motivo di reputare sua. Onde la ragione del benefizio che la legge gli accorda non ostante i vizi di forma che macchiano il titolo di trasferimento. Di qual colpa invero potrà farsi rimprovero al possessore, se il testamento olografo non porti la sottoscrizione del testatore alla fine delle disposizioni (articolo 775); se il testamento segreto scritto da un terzo non sia sottoscritto dal testatore in ciascun mezzo foglio (art. 782); se il notajo, nel redigere un contratto di vendita o di donazione, abbia trascurato di far menzione della lettura del medesimo alle parti, eseguita in presenza dei testimoni, o di porvi la data e la indicazione del luogo in cui fu ricevuto? (art. 49, leg. sul Notar.) — L'idea adunque che la natura di tali vizi è tale da non impedire la formazione legale del titolo, e che di essi, nel maggior numero dei casi, non è responsabile il possessore di buona fede, il quale dal canto suo ha potuto adempiere a tutte le prescrizioni stabilite dalla legge, era troppo grave per doversi imporre giustamente alla volontà del legislatore. E quando d'altro lato si consideri che una gran colpa pesa sempre sulla persona del proprietario, il quale aveva il dovere e l'interesse di prevenire o di riparare a tempo siffatta perturbazione nel godimento dei suoi dritti, dovrà convenirsi che ispirata da un alto principio di giustizia è cotesta disposizione della legge; tanto più che il possessore non acquista che semplicemente i frutti, ed è in facoltà del proprietario, rivendicandone il dominio, di far cessare sempre che vuole siffatto benefizio.

104. — Prima di chiudere questa parte, che riguarda il titolo di trasferimento, ci occorre di fare un ultimo esame di non piccola importanza; quello di vedere cioè se il vizio derivante dall'errore di dritto, in conseguenza di cui il possessore di buona fede si reputa proprietario della cosa, debba equipararsi all'errore di fatto. — Taluno, malgrado conosca benissimo la esistenza di altri congiunti, può ritenere tuttavia, con intima convinzione, essere quegli che gli offre in vendita un bene dell'eredità il vero ed unico chiamato alla successione; e, tratto da tale errore, determinarsi ad acquistarlo, sicuro di divenirne proprietario. Può darsi ancora che un individuo, ignorando che un mandato concepito in termini generali non comprenda gli atti di alienazione, s'induca ad acquistare dal mandatario, convinto di essere questi autorizzato dal proprietario a trasmettere validamente il dominio della cosa (1). In ambo questi casi, che possono moltiplicarsi a piacere, la causa che determina l'acquisto del possessore è la certezza di divenire proprietario. Siffatta certezza mette radice in un errore di dritto; sì perchè ignora le disposizioni che regolano l'ordine di succedere per legge; sì perchè ignora la disposizione dell'articolo 1741, che vieta di potersi alienare in virtù di semplice mandato generale. Non facciamo distinzione tra l'errore e l'ignoranza, chè, se hanno un valore filosofico diverso, serbano nondimeno il valore medesimo dinanzi alla legge (2): bisogna quindi vedere se l'errore o l'ignoranza di dritto producano nel possessore l'identico effetto dell'errore di fatto.

Stando alla disposizione dell'articolo 701, unica condizione esso richiede che il possessore, cioè, ignori i vizi del titolo di acquisto. Or il vizio fondamentale del titolo consiste nella mancanza di proprietà o di legittima facoltà ad alienare in colui che trasmette; se il possessore, ignorando perfettamente siffatto vizio, acquista in virtù di un titolo

(1) Borsari, op. cit., vol. II, § 1499.
(2) Pacifici-Mazzoni, *Istit*, vol. V, n. 54.

abile a trasferire il dominio, può dirsi benissimo ch'egli sia di buona fede, ed ha perciò giusto motivo per aspirare con ragione ai benefizi che la legge gli accorda. Sia l'errore di fatto, sia l'errore di dritto la causa di tale ignoranza, la legge non distingue: non è dato quindi all'interpetre di creare una distinzione, dov'essa non stia nello spirito stesso della legge (1). Il dritto romano, lungi dal distinguere per venire a conseguenze diverse, pare invece che voglia distinguere per affermare appunto, che identica è la conseguenza giuridica nella doppia ipotesi dell'errore di dritto e dell'errore di fatto: *Bonae fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse* (2).

105. — Ma tale soluzione, che sembra di grande evidenza, non quadra al Borsari; il quale, cogliendo l'occasione per porre a disamina l'antica e sempre nuova quistione sull'errore di dritto, conclude in queste recise parole: « Con ciò escludiamo la vera e propria ignoranza delle disposizioni della legge, e delle sue necessarie giuridiche conseguenze che non sarebbero mai una scusa per nessuno; guai se una diversa dottrina penetrasse nel foro!... Il vero criterio egli è che soltanto *l'error juris dubii* può scusare, e questo solo *aequiparatur errori facti*, quando in ispecial modo si tratta *de damno vitando* come sarebbe nel caso » (3).

Se vogliamo limitarci all'autorità degli scrittori, grandissimo è l'accordo nel ritenere che l'errore di dritto vale l'errore di fatto « Questo principio, scrivono bellamente gli illustri Aubry e Rau, applicasi anche ai vizi derivanti dalla violazione formale di una legge che, per effetto di una ignoranza di dritto è rimasta sconosciuta al possessore » (4). Nè

(1) Laurent, vol. VI, n. 218; Aubry e Rau, vol. I, § 201.
(2) Fr. 109, *Dig.*, « De verb. signif. », L, 16.
(3) Borsari, op. e vol. cit., § 1500.
(4) Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, vol. V, n. 609; Marcadé,

si creda che tale principio debba la sua origine soltanto al dritto moderno; chè esso invece si trova consacrato apertamente nel dritto romano. Colui che, reputandosi per un errore di dritto il vero successore del defunto, entra nel possesso di una eredità, vien considerato possessore di buona fede e non è tenuto a restituire come tale, che solo quei frutti di cui siasi arricchito: *Non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret quamvis in jure erret* (1). Sul qual frammento di Paolo scrive il Voet: *Si quis errore juris existimans hereditatem aliquam ad se pertinere, eam diutius possederit, et fructus inde perceptos jure possessionis bonae fidei suos fecerit; de fructibus consumptis convenirі non potest quatenus locupletior factus non est, atque ita rursus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet* (2). Di tal principio, per identità di motivi, si fece applicazione al caso del possessore di buona fede a titolo particolare; onde si è concluso indistintamente, tanto nell' uno quanto nell' altro caso, che l' errore di dritto non sia mai di ostacolo al possessore di buona fede riguardo all' acquisto dei frutti. Questa difficoltà non poteva sfuggire al Borsari; onde egli cita l' autorità del Bruneman e del Donello, ma per venire a conseguenze interamente opposte (3). *Et hinc colligitur* - sentenzia quest' ultimo - *regulam illam quod error juris non inducat bonam fidem esse limitandam quod non habeat locum in fructibus. Nam titulus causatus errore juris prodest et non impedit bonam fidem quoad acquisitionem fructuum* (4). — Questo antecedente storico dovrebbe servire di grande esperienza: se gl' interpetri del dritto romano, malgrado le loro sottigliezze e la loro proverbiale severità, si sono guardati bene dall' applicare in tutta la sua

vol. II, art. 550; LAURENT, vol. VI, n. 218 e 219; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, vol. III, n. 175.

(1) Fr. 25, § 6, *Dig.*, « De hered. pet. », V, 3.

(2) *Pandect.*, lib. XXII, tit. VI, n. 5.

(3) BORSARI, vol. II, § 1500.

(4) DONELLO, *De jur. civ.*, lib. XXX, cap. I, n. 4.

pienezza la nota sentenza di Paolo: *Juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (1); con maggiore ragione si dovrebbe esser assai cauti nel far uso di tale principio nel dritto moderno. È bene però di richiamare alla mente, come gl'interpetri intanto si sono indotti a non applicare nel caso speciale dell' acquisto dei frutti il rigore dell' adagio *nemo jus ignorare censetur;* in quanto nel dritto romano medesimo si fa di questa materia una quistione di fatto sottratta all' impero delle regole di dritto (2). Per lo che, se possiamo farci forti della tradizione nel combattere l' opinione del Borsari, non lo è che considerando la percezione dei frutti, come un rapporto giuridico il quale, più che alle regole di dritto, ubbidisce ai principî di equità. Onde, pur valendoci di questa dottrina per cavarne la conseguenza che neanche in dritto romano si dava un valore assoluto alla massima che l' errore di dritto non iscusa; dobbiamo venire sempre ad un esame di principî per vedere se in dritto moderno, e specialmente nel Codice italiano, l' errore di dritto sia da equipararsi all' errore di fatto. Su questo campo porta il Borsari la quistione, noi non esitiamo a seguirlo; che nessuna parola può esser soverchia o a dirittura inutile su di un argomento, dove grandi sono le difficoltà, grandissimi i pregiudizi.

106. — L' uomo vuole in quanto conosce; la conoscenza dell'intelletto è la causa e il limite del determinarsi della volontà: *nil volitum nisi praecognitum.* Se una cosa s' ignora non si vuole; dal difetto di cognizione nasce il difetto di volontà. Ma se, pur conoscendosi l' esistenza di una cosa, si viene a un falso giudizio sugli elementi che la compongono, sui caratteri che la qualificano, sugli effetti che possono derivarne; dalla falsa cognizione dell' intelletto segue inevitabilmente la falsa determinazione della volontà. Siamo al caso dell' errore: chi erra crede e vuole ciò che non è, ignora e

(1) Fr. 9 pr., *Dig.*, « De jur. et fact. ignor. », XXII, 6.
(2) Fr. 48, § 1, *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.

non vuole ciò che è. Onde la conseguenza importantissima che non può ottenersi quel che si è falsamente giudicato e voluto, perchè in realtà non esiste; non deve subirsi quel che non si è conosciuto, nè voluto, appunto perchè, come è mancata la cognizione, così è mancata la volontà per questo. Sia di dritto o di fatto l'errore, la causa determinante della volontà si risolve sempre in un motivo che, non traendo dalla realità delle cose la sua forza impulsiva, è un motivo che non esiste, e che non può perciò aver efficacia di mettere in essere rapporti di dritto. Si erri sul valore e sul significato giuridico di una disposizione legislativa di cui si conosce l'esistenza, od ignorisi completamente l'esistenza della medesima, vale sempre lo stesso; chè, così nell'uno come nell'altro caso, intanto ci determiniamo ad operare in un dato modo, in quanto crediamo che: o mancando la disposizione della legge, la quale ne faccia espresso divieto, si è pienamente liberi di agire in un dato modo; o che, pur sapendo della disposizione della legge, si crede ch'essa non sia di ostacolo al compiersi di un dato ordine di fatti.

Si conviene da tutti nell'escludere ogni distinzione tra l'errore e l'ignoranza della legge; ma non si conviene del pari nell'escluderla tra l'errore di dritto e l'errore di fatto, invocandosi sempre il vecchio adagio *nemo jus ignorare censetur*. Perchè mai voler insistere sulla necessità di una presunzione, che sarebbe puerile se non fosse iniqua, e che si trova ogni giorno smentita dalla immensa vicenda dei fatti che si compiono nella vita civile? È un falso prestigio di cui vuol circondarsi la legge, quand'essa debbe imporre il suo ferreo volere, anche in quegli atti che sono completamente affidati alla libertà degl'individui. Se la volontà non è libera nelle sue determinazioni, come la conoscenza non è esatta nelle sue esplicazioni, costringere una persona a subire le conseguenze di ciò che non ha voluto, è un atto di arbitrio ed una contraddizione, giacchè la sua volontà chiaramente illuminata debb'essere la sola causa efficiente di una data classe di rapporti giuridici.

Si soggiunge, però, che tale presunzione non toglie a base della sua legittimità il fatto della conoscenza effettiva ed attuale della legge, verificatasi in tutti i cittadini in seguito alla pubblicazione; ma trae invece la sua forza dall'obbligo di coloro, che non sanno, di farsi illuminare da quelli che sanno: la legge altrimenti si renderebbe complice e ajutatrice della negligenza e dell' inerzia. « Nè l'ignoranza, nè l'inerzia meritano favore, e sono vizi che vanno congiunti. Si è ignoranti perchè si è inerti: chi non sa deve farsi istruire da chi sa e deve sapere. Quindi è nella dottrina pratica che a scusarsi dall'errore, in cui si cadde, deve provarsi di aver consultato i periti della giurisprudenza » (1). — Dio ci liberi dalle astrazioni! Esse son fatte apposta per distruggere il senso del reale e dar perpetuo alimento al funesto dissidio tra' fatti che avvengono e le leggi che debbono spiegarli e governarli. Noi conveniamo pienamente che debba negarsi di allegare la ignoranza della legge a coloro che la conoscono o che sono al caso di poterla conoscere; ma ciò non esclude che vi siano, non diciamo degli individui, ma delle intere classi, alle quali, col pane della giornata, manchi quello dell'istruzione. Ebbene costoro, di cui la maggior parte analfabeta, non conoscono nè possono conoscere la legge, possono ricorrere ad altri per farsi istruire, ma non sempre hanno il genio della scelta; e spesso, malgrado le istruzioni ricevute, ricadono in quegli stessi errori che cercavano di evitare. Non è dunque mancanza di volontà, è invece mancanza di capacità. C'inchiniamo volentieri alla presunzione che nessuno si reputa d'ignorare la legge, quand' essa è tale da cedere alla prova evidentissima in contrario; ma non sappiamo comprendere come voglia farsi pesare una assoluta responsabilità, quando già non si è certi ch'essa sia la sanzione della libertà. E qui calza bene quel che dice in proposito il Laurent: « On insiste et on dit, que ceux qui ignorent le droit ont toujours

(1) Borsari, loc. cit.

une faute à se reprocher; non pas que tout homme soit, tenu sous peine de faute, d'apprendre le droit, mais qu'est-ce qui empêche ceux qui contractent de prendre l'avis des hommes du métier? Doneau, qui fait cette remarque, ne réfléchit point que l'ignorance même où l'on est du droit, empêche de demander l'avis d'un jurisconsulte. Celui qui ne sait rien ne doute de rien, l'ignorant ne songe pas même à s'éclairer » (1). La legge non è fatta per negare nell'aridità della speculazione i bisogni e le condizioni reali della vita, ma per comprenderli e secondarli: la metafisica in legislazione non è meno fatale che in filosofia. E poi, s'invoca tanto l'autorità del dritto romano, senza porsi mente che ivi, oltre a quell'aria di severità solenne, spesso un po' astratta, che informa i suoi precetti, ed alle *fictiones juris* che sono gran parte, dovette circondarsi di tali limitazioni nella pratica il principio, che l'*error juris non excusat*, da perdere quasi il valore e la dignità di regola generale (2), declinandosi a dirittura da ogni rigore, quando si trattava di evitare una perdita anzichè di fare un guadagno: *Juris ignorantiam non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet* (3). — Si faccia adunque di cotesto principio non una presunzione assoluta, ma relativa; tale cioè da ammettere la prova contraria, consistente, non pure nella ignoranza effettiva o nell'errore sul significato giuridico di una disposizione di dritto, ma nella grande difficoltà altresì, derivante dalla condizione subbiettiva della persona e dalle condizioni obbiettive, in cui si è trovata, di poter conoscere la esistenza o il valore della disposizione legislativa. Solo così può conciliarsi il rispetto della legge con quello della libertà.

107. — Bisogna però esser molto cauti nell'affermazione di certe idee: se la presunzione assoluta della conoscenza

(1) Op. cit., vol. XV, n. 507.
(2) Fr. 9, *Dig.*, « De jur. et fact. ignor. », XXII, 6; fr. 10, eod.
(3) Fr. 7, *Dig*, « De jur. et fact. ignor. », XXII 6; fr. 8, eod.

della legge può convertirsi in offesa della libertà, la presunzione relativa, che la legge cioè si reputa conosciuta sino a prova in contrario, applicata in ogni caso, implica d'altra parte la consacrazione dell'arbitrio e il perturbamento dell'ordine sociale. Occorre dunque guardarci dagli estremi e venire ad una conclusione, in cui il dritto dell'individuo armonizzi col dritto della società. Onde la necessità di distinguere tra le leggi di ordine generale e quelle d'interesse particolare; di elevare cioè la presunzione assoluta *juris et de jure,* che *nemo legem ignore censetur* per le prime, di ammettere solo una presunzione relativa, *juris tantum,* riguardo alle seconde. Non che possa dirsi di conoscersi realmente, in tutta la loro pienezza, le disposizioni della legge, quand'esse riflettono l'ordine generale; ma sorge in tal caso il supremo bisogno di far prevalere la vita del tutto su quella della parte. « Si on ne permet pas aux particuliers d'alléguer l'ignorance des lois d'ordre public, ce n'est pas parce qu'on suppose qu'ils les connaissent, c'est parce qu'il a une nécessité sociale qui domine tout: la societé pourrait-elle subsister si chacun pouvait s'excuser de la violation d'une loi d'ordre public en disant qu'il l'ignore? » (1). È dunque giusta, se non vera, per le leggi di ordine pubblico, quand'esse già siano state *rite promulgatae,* quella massima severa che ci viene dal dritto romano: *idem est scire, aut scire debuisse, aut potuisse.* Ma noi osiamo affermare, che tale presunzione assoluta, in siffatta ipotesi, è giusta perchè vera. — Vi han certi bisogni, certe tendenze, certi impulsi e certi correttivi nel fondo della natura umana, che tutti ci sentiamo tratti in virtù di una forza insita ed imperiosa ad imporre da noi stessi un dato freno ed una data misura all'esercizio della nostra attività. La legge raccoglie e formola questi dettati, che sono nei nostri istinti e nella nostra coscienza: possono ignorarsi i precetti positivi della legislazione, ma non s'ignorano certamente le ripugnanze

(1) LAURENT, vol. XV, n. 507.

e i fremiti della coscienza, che hanno dovuto soggiogarsi e farsi tacere nel momento di compiere un'azione lesiva della persona o dell'interesse altrui. E poichè le leggi di ordine generale mirano in fondo ad assicurare il rispetto delle persone singole e collettive, in tutte le loro forme di esplicazione, ed il rispetto dei beni, ne viene la conseguenza inevitabile, che la loro ignoranza non iscusa, appunto perchè esse nel fatto sono conosciute, se non come formola legislativa, come necessità profonda di natura. Le leggi positive possono mancare; le leggi di natura non mancano mai o come sentimento o come ragione per moderare e dirigere l'umana attività nei rapporti più immediati e più imperiosi della vita. *Juris ignorantia est cum quis ignorat ea, quae legibus cauta sunt. Quae si circa jus divinum, aut naturae, aut gentium versetur, culpae latae adnumeratur, nec ulli intellectu et ratione praedito, ac doli capaci praebet excusationem* (1). Bisogna dunque convenire che, nelle leggi di ordine generale, sì nel fine di mantenere una retta ed ordinata convivenza sociale, sì perchè nel fatto, essendo esse l'espressione immediata di necessità insite all'umana natura e di verità prime, sono sempre sentite se non conosciute; debbe accettarsi come presunzione assoluta ed indeclinabile il principio: *nemo jus ignorare censetur*.

Non così per le leggi d'interesse particolare. « Sembra risultare da molte disposizioni del Codice che in materia civile l'errore di dritto è generalmente regolato dagli stessi principî dell'errore di fatto » (2). Le disposizioni del Codice civile, invero, non mirano che a regolare rapporti d'interesse semplicemente economico: non si tratta con esse di assicurare l'esistenza e la libertà degl'individui e della società, ma di garantire bensì la pertinenza dei beni e lo sviluppo della proprietà. Non concorre adunque primieramente

(1) VOET, op. cit., lib. XXII, tit. VI, n. 1.
(2) AUBRY e RAU, vol. I, § 28. Vedi LAURENT, vol. I, n. 23-24.

alcuna ragione di ordine generale, perchè si applichi come presunzione assoluta il principio, che nessuno debbe ignorare la legge. Ed in secondo luogo l'indole delle disposizioni del Codice civile è tale, ch'esse esprimono e governano bisogni e rapporti meno naturali e più sociali dell'umana persona: esse, a dirla breve, sono il risultato e l'espressione delle idee che si hanno sul valore e l'ufficio della proprietà, sul suo organamento e le sue esplicazioni; son quindi mutabili come la civiltà che le produce, difficili ad intuirsi senza il precetto positivo della legge, perchè conseguenza di un intero sistema di concetti. È perciò che la massima: *nemo jus ignorare censetur* debbe assumersi come presunzione relativa, tale cioè da cedere all'evidenza della prova contraria, quando si tratta delle leggi d'interesse particolare. Non ci si opponga l'articolo 1 delle disposizioni preliminari del Codice civile; chè esse « hanno un carattere di universalità da governare tutta quanta la legislazione a modo di teoremi o di principî direttivi » (1), salvo le eccezioni che possono trovarsi sancite nei dettati dei singoli Codici. Or tale eccezione all'articolo 1 delle disposizioni preliminari, che le leggi cioè divengono obbligatorie dal momento che, mediante la pubblicazione, si reputano conosciute da tutti, la troviamo consacrata nel Codice civile dall'articolo 1109, dove si dice: *L'errore di dritto produce la nullità del contratto, solo quando ne è la causa unica o principale.* È la dottrina del Toullier che il legislatore italiano ha sanzionato in questa disposizione: « L'erreur de droit, comme l'erreur de fait, annule la convention, lorsqu'elle en a été la cause principale ou le seul fondement » (2). L'affermazione di tale principio nella teorica dei contratti è la più bella e la più sicura prova sulla identità dell'errore di dritto con quello di fatto, per quanto riguarda le leggi di ordine privato. Di fronte ad una chiara e precisa disposizione le-

(1) Relazione sul Codice civile.

(2) TOULLIER, vol. III, *Des contrats,* n. 67.

gislativa non è luogo di fare distinzioni, quand' esse non siano imposte dalla parola o dallo spirito della legge medesima. Tali casi di eccezione nel Codice civile occorrono solo allorchè si tratta di quelle disposizioni che riguardano le forme solenni degli atti, e delle altre relative alla capacità delle persone ed alle condizioni che debbono adempiersi, nel fine di rappresentare o d' integrare la personalità civile degl' incapaci. Siffatte regole invero sono dettate dalla legge: o per assicurare la sincerità e la certezza delle contrattazioni; o per circondare di valide ed opportune guarentigie i dritti e le legittime facoltà di coloro che, non potendo difendersi da sè, hanno bisogno della tutela sociale, perchè non restino sopraffatti nella fiera battaglia della vita. Ma in siffatte ipotesi è un' alta necessità di ordine generale che reclama il ritorno al principio rigoroso, che nessuno debbe ignorare la legge. Ond'è che per tutte le altre disposizioni del Codice civile, le quali, risolvendosi in semplici interessi economici, possono venire modificate ed anche annullate dal libero volere delle parti, la conoscenza della legge non è che una presunzione relativa, la quale ammette benissimo la prova contraria. Nessun ostacolo quindi troviamo nella legge, nè nello spirito di essa per escludere l' idea che la buona fede del possessore possa trarre origine e giustificazione, così dall'errore di dritto, come dall'errore di fatto; e che, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, siano sempre identiche le conseguenze giuridiche che ne risultano.

108. — Una sola difficoltà potrebbe presentarsi in ordine alla prova; perciocchè, se la conoscenza della legge nei rapporti del dritto privato non costituisce una presunzione assoluta, dà luogo sempre ad una presunzione relativa; e questa dee serbare la sua efficacia sinchè non venga fatta la prova in contrario. Come conciliare siffatto principio con quello dell'articolo 702 che, senza punto distinguere tra l' errore di dritto e quello di fatto, dice: *la buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne la prova?* Son due presunzioni, di cui l' una debbe cedere

all'altra, non potendo sussistere insieme; ma possono conciliarsi senza che vi sia luogo a contraddizione? A noi sembra che sì. — Unico invero nelle diverse ipotesi è il criterio legislativo, quello di mantenere il rispetto e l'autorità degli atti compiuti nelle forme di legge; è il caso di dire: *forma dat esse rei*, la forma costituisce la guarentigia della sostanza. Or avviene che, quando taluno per ignoranza della legge crede di acquistare giustamente il dominio della cosa, si ha nel titolo stesso di acquisto la prova evidente di tale ignoranza. Ond'è che in tal caso non manca di efficacia la presunzione *nemo jus ignorare censetur;* ma cede invece dinanzi alla prova contraria risultante dal fatto stesso dell'acquisto (*oritur ex re ipsa*) qual conseguenza della presunzione più larga ed assoluta: *unusquisque praesumitur bonus et honestus donec contrarium probetur.*—Ed un'altra ragione di grande rilievo, per dimostrare l'applicazione dell'identico principio che governa la materia generale dei contratti anche nel caso del possesso di buona fede, deriva dalla necessità di conservare integra la forza di quell'adagio evidentissimo in materia di prova: *actori incumbit onus probandi.* Or nei contratti avviene ordinariamente che, quando essi son compiuti in tutta regola, è la legge che ne governa l'efficacia a norma delle disposizioni stabilite dal Codice, in conformità delle quali si reputa che siano costituiti: è adunque in colui che ne allega l'ignoranza l'obbligo di darne la prova; chè egli è l'attore e contro di lui il contratto conserva tutta la forza giuridica che gli viene dalla legge, finchè non abbia dimostrato l'errore o l'ignoranza della medesima. Nel possesso di buona fede, al contrario, l'attore è colui che rivendica il dominio della cosa; non può quindi sottrarsi ad alcuno di quegli obblighi che derivano dalla necessità del giudizio: è perciò che spetta a lui il carico della prova.

PARTE SECONDA

CAPITOLO I.

BUONA FEDE

I.

109. — Il Pothier, con quell' altezza di mente che tanto lo distingue, scrisse: *Bona fides nihil aliud est quam justa opinio quaesiti dominii* (1); ed il Voet: *Bona fides est illaesa conscientia putantis rem suam esse* (2).

Se dovessimo scegliere tra le due definizioni preferiremmo quella del Pothier; la quale, se non compiutamente, ci mostra almeno che tien conto dell'elemento legale coll' epiteto *justa*, che vale conforme ai precetti della legge. Pure, studiando la dottrina dell'eminente giureconsulto, ci avviene di trovare che in essa l' elemento morale o di fatto predomina sull' elemento legale o di dritto, meno per colpa sua che del dritto romano, ch' era chiamato a interpetrare. E questo invero, come accade delle grandi istituzioni che si sviluppano nel tempo, offre un carattere ed una fisonomia diversa secondo il periodo in cui si guarda. Rigido, inflessibile, circondato di forme clamorose, di parole sacramentali *(uti lingua nuncupassit ita jus esto)*; senza di cui

(1) *Pandectae*, vol. III, n. 77.
(2) Op. cit., lib. XLI, tit. III, n. 6.

non può mettersi in essere alcun'attinenza giuridica, e solo con cui si giustifica e diviene inviolabile qualunque rapporto di dritto, al quale spesso ripugna la natura stessa delle cose; è nel primo periodo dello *strictum jus quiritarium*. Ma questa istituzione, originariamente chiusa ed indeclinabile, si rompe sotto la doppia corrente del *jus gentium* e dell'*aequitas:* i pretori prima coll'*exceptiones* e le *in integrum restitutiones*, i giureconsulti poi col *justum aequum* produssero un fecondo ed operoso rivolgimento nelle fonti del dritto romano; in conseguenza di cui i contratti *bonae fidei* presero il luogo di quelli *stricti juris*, e l'*aequitas* divenne la sorgente più ricca ed importante della legislazione. La natura reclamò i suoi dritti, e, come avviene di tutte le reazioni, lungi dal ripigliare il posto che l'era stato così fieramente contrastato, divenendo padrona del campo, travolse il suo contrario: onde l'elemento morale prende il disopra sull'elemento legale. Nata in tale periodo la protezione del possesso, ne porta impressi i segni evidenti di quella grande trasformazione civile. Anzi, creatura esclusiva dell'*aequitas*, trascura di osservare i principî severi del *jus strictum*, mostrandosi del tutto prosciolta, specialmente riguardo alla percezione dei frutti, dal rigore legale che informa le altre istituzioni di antica data. I Codici moderni adunque non possono accettare per questa parte l'eredità del dritto romano, senza ricorrere al principio dialettico che contemperi i due contrarî in guisa che l'elemento legale si mostri come la più sicura guarentigia dell'elemento morale.

110. — Parlando del titolo traslativo ci è occorso di notare come sia dottrina comune in Francia quella di considerare il titolo qual elemento ed occasione della buona fede. « La loi n'exige d'autre condition que la bonne foi, le titre n'est qu'un élément et non une condition spéciale et distincte de cette bonne foi » (1). Nel Codice italiano

(1) DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », n. 310. Vedi DEMOLOMBE, vol. V, nn. 506 e 602; AUBRY e RAU, vol. I, § 201; MARCADÉ, vol. II, art. 550.

però, secondo abbiamo dimostrato altrove (1), il titolo di trasferimento è condizione indispensabile perchè sia possibile la buona fede del possessore. Non che, dato il titolo, la buona fede debba sempre necessariamente trovarsi nel possessore, e senza il titolo sia affatto impossibile che esista; ma nel primo caso è assai probabile, argomentando dalla natura e dalle consuetudini ordinarie della vita umana, che la buona fede si abbia; nel secondo però, malgrado nel fatto essa esista, non può avere alcun valore dinanzi alla legge. Deputato a governare e dirigere le forme molteplici dell'umano operare, in quanto sono l'espressione di un essere intelligente e libero, il dritto non entra mai ad interrogare gl'intimi convincimenti ed i riposti motivi dell'animo, se prima essi, esplicandosi al di fuori, non abbiano prodotta una modificazione ed un mutamento nelle condizioni circostanti del mondo esteriore. La coscienza è un campo chiuso alla legislazione; onde il celebre detto del Portalis: « La loi civile ne scrute pas les consciences, les pensées ne sont pas de son ressort » (2); detto ch'esprime una profonda verità, ma che la storia c'insegna non essere stato mai applicato interamente nei rapporti della vita! Eppure è il fine supremo cui sono rivolti tutti gli sforzi dei legislatori e dei filosofi: fare della morale e del dritto due campi distinti, ma non avversi; due forze alleate, che per vie diverse concorrano all'istesso scopo, ma non rivali. Ci affidi però l'esperienza e la storia del passato: è una grande legge di natura che l'unità primitiva ed embrionale di tutti i rami del sapere e di tutte le direzioni della vita, esplicandosi mano mano e specificandosi in forme e funzioni più definite, tenda incessantemente a comporre ed ordinare le forze e gli elementi innumerevoli che si svolgono nel perpetuo lavorio di evoluzione; in guisa da riprodursi l'unità origi-

(1) Vedi Parte prima, capitolo II, n. 47 e seg.

(2) *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil,* vol. I, n. 43.

naria confusa ed incoerente, come unità finale connessa ed organica.—Restringendo le nostre osservazioni alla materia che ci occupa, si è visto in altro luogo (1), come dalla pura buona fede morale siasi, per gradazioni indefinite, giunti alla buona fede legale del possessore. Essa consiste nel subordinare lo stato interno dell'animo all'adempimento di quelle condizioni esterne, cui la legge suol riconoscere la virtù di produrre certi effetti giuridici. Il semplice convincimento non basta, quand'esso non tragga origine da cause legali e trovi in esse la prova certa della sua esistenza; che o non è serio o non è vero, e la legge non può in ambo i casi riconoscerlo e proteggerlo perchè non è legale.

111. — « La buona fede », scrive il Troplong, « è la ferma credenza chè si è proprietario » (2). Accettando pienamente questa nozione della buona fede, che del resto è quella stessa data dal Voet e dal Pothier, ci occorre però di analizzarla negli elementi che servono a costituirla. Due, a nostro avviso, sono tali elementi: l'uno di fatto, l'altro di dritto. Il primo consiste nella profonda convinzione di ritenere quegli che trasmette vero proprietario della cosa, ovvero autorizzato legalmente da questo ad alienare la proprietà; il secondo poi si risolve nell'osservanza di tutte le condizioni imposte dalla legge per acquistarsi validamente il dominio delle cose. Di questi due elementi, quello di fatto determina l'altro di dritto: bisogna prima ignorare che altri sia il vero proprietario, o che non abbia potere di far atto di alienazione quegli che trasmette, per poi risolversi ad acquistarne regolarmente il dominio. Il titolo traslativo costituisce a un punto la prova del primo, la causa e la prova del secondo elemento della buona fede. Il male è che, quando si tratta del possesso di buona fede, si vuol venire ad analisi molto minuziose e sottili, le quali non servonó che ad oscurarne il significato e a rendere più difficile lo scoprimento dei

(1) Parte prima, capitolo II, n. 45.
(2) *Prescrizione*, n. 915.

veri rapporti giuridici che sogliono originarsi. Noi pensiamo invece che debbano concorrere nel possessore, perchè possa dirsi di buona fede, quelle medesime condizioni subbiettive ed obbiettive che sono richieste nel proprietario. Identica è la loro coscienza e la loro condotta: entrambi sono sicuri di acquistare dal vero proprietario, entrambi sono tenuti a possedere in virtù di un titolo traslativo secondo i dettati e le prescrizioni della legge. La sola differenza sta in ciò, che l'uno acquista dal vero proprietario, l'altro no; quanto al primo, poichè diviene proprietario effettivo egli stesso, poco importa la sua convinzione intorno alla persona da cui acquista; riguardo al secondo, però, la convinzione di acquistare dal vero proprietario è la causa fondamentale della buona fede. Compendiando adunque, due sono gli elementi onde risulta costituita la buona fede del possessore: l'uno consiste nell'ignoranza assoluta del vero proprietario, l'altro nell'osservanza completa dei precetti della legge; il primo può dirsi l'elemento specifico che qualifica questo rapporto eccezionale di dritto, il secondo è la nota comune che debbe trovarsi tanto in colui che acquista dal vero proprietario, quanto in colui che acquista dal proprietario apparente, se vogliono entrambi aspirare ad essere protetti e garantiti dalla legge.

112. — Cominciando adunque dal primo elemento costitutivo della buona fede, è mestieri che il possessore ignori perfettamente esser una persona diversa da quella che trasmette il proprietario della cosa, *eam rem alienam esse;* o che ritenga, con convinzione egualmente profonda, aver essa la giusta facoltà di alienarne il dominio, *eum qui vendidit jus vendendi habere.* Si origini da errore di fatto o di dritto il convincimento nel possessore di credersi legittimo proprietario della cosa; quand'esso è pieno, sicuro, tranquillo, imperturbato; o come dice, con espressione felicissima, il Voet, quando la sua coscienza è *illaesa,* la buona fede, qual'è richiesta dalla legge esiste in modo incon-

cusso (1). Se l'ignoranza assoluta di non aver acquistato il dominio della cosa, per mancanza di proprietà o di facoltà nell'alienante, è la causa fondamentale della buona fede del possessore, bisogna convenire interamente che il semplice dubbio di non esser proprietario escluda in lui la buona fede. Allorchè si dubita, vuol dire che non si è certi. E qui due ipotesi: o chi dubita trascura per desidia e per inerzia di adottare tutte le misure e gli espedienti, che la prudenza più elementare consiglia, nel fine di conoscere il vero stato delle cose; ovvero tralascia ad arte di far indagini più opportune e più efficaci, per aver la pretesa d'invocare poi la protezione che la legge accorda alla buona fede. Nel primo caso si è in colpa: *Culpam esse, quod, cum a diligenti provideri poterit, non esset provisum* (2); nel secondo si è in frode: *In fraudem facit qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit* (3): in ambo i casi non si è in buona fede. Il dubbio quindi, appunto perchè esclude la sicurezza della convinzione, è incompatibile colla buona fede.

Distinsero una volta i canonisti tra il dubbio speculativo e il pratico per accertare quale dei due non fosse di ostacolo alla buona fede (4); ma fu una semplice sottigliezza che non ebbe fortuna. Il dritto romano richiede espressamente l'assenza del dubbio nel possessore: *Bonae fidei emptor non dubie, percipiendo, fructus etiam ex aliena re suos facit* (5). È questa la dottrina universalmente accettata; bellissime oltre modo sono le seguenti parole del Voet: *In qua tamen bona fide esse non intelligitur, qui dubitat utrum is a quo rem habet, dominus fuerit et facultatem alienandi habuerit, nec ne; cum aliud sit credere, aliud dubitare,*

(1) LAURENT, vol. VI, n. 218.
(2) Fr. 31, *Dig.*, « Ad leg. aquil. », IX, 2.
(3) Fr. 29, *Dig.*, « De legib. », I, 3.
(4) TROPLONG, *Prescriz.*, n. 927.
(5) Fr. 48 pr., *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.

imo dubitatio sit quid medium inter bonam fidem et malam, inter scientiam et ignorantiam, sicut silentium ejus qui interrogatur in se spectatum, neque confessionem continet, neque negationem (1). Bisogna dunque convenire che la certezza di avere quegli che trasferisce il dritto o la giusta facoltà di alienare, sia la prima condizione della buona fede del possessore; la quale certezza, acciò si mostri veramente perfetta, è mestieri sia scevra da qualunque dubbio.

113. — Non basta pertanto la sicurezza che taluno abbia il dritto o la facoltà di trasmettere il dominio di una cosa; occorre altresì che la trasmissione avvenga secondo le norme stabilite dalla legge, perchè la buona fede possa dirsi compiuta nel suo doppio elemento di fatto e di dritto. Onde la necessità che il possessore acquisti regolarmente, mediante un titolo traslativo di dominio ed osservando una condotta leale ed onesta, che possa infondergli nell' animo la giusta convinzione di esser egli il legittimo ed assoluto proprietario della cosa, essendogli stata trasferita nei modi voluti dalla legge da chi aveva il dritto o il potere di alienarla. Questo secondo elemento della buona fede, che noi abbiamo addimandato legale, si risolve nell' adempimento delle condizioni giuridiche necessarie per acquistarsi validamente il dominio delle cose. Di siffatte condizioni talune riguardano la parte estrinseca o probatoria, altre la parte intrinseca od effettiva: le prime si compendiano nel titolo di trasferimento e nelle forme legali che debbono rivestirlo; le seconde consistono nella rettitudine dell' animo e nell' onesto operare del possessore, il quale non fa le mostre di adempiere ai dettati della legge per aver agio di offenderla impunemente, palliando una coscienza realmente colpevole; ma cerca appunto nell' osservanza della legge la guarentigia sicura di una condotta moralmente irreprensibile. Il titolo di acquisto, è vero, funge l' ufficio di far presumere la buona

(1) Op. cit, lib. XLI, tit. III, n. 6.

fede del possessore, poichè dee sempre reputarsi che l'uomo rifugga dalla colpa e dalla simulazione, sia per convincimento, sia anche per interesse; ma esso rappresenta ancora la causa legale della buona fede nel senso che, senza di esso, non può generarsi nell'animo del possessore la giusta certezza di essere egli divenuto proprietario; non potendo contare sulla protezione della legge, se prima non abbia adempiuto a quelle condizioni ch' essa richiede perchè si acquisti validamente la proprietà delle cose. Il titolo però, nell' atto stesso che è causa generatrice della buona fede, è pure effetto generato della medesima. Imperciocchè esso intanto ha valore, in quanto esprime e rappresenta lo svolgersi di una coscienza onesta e leale: se la legge non può conoscere dei pensieri, senza che questi si siano manifestati in una forma esteriore; deve dall' altro canto ricercare i motivi e scrutare gl' intendimenti, quando già essi dal campo dell' intenzione siano passati in quello dell'azione, e possano, secondo i moventi che gli hanno ispirati, esercitare una influenza diversa nei rapporti della vita civile.

114. — L' adempimento, adunque, delle formalità e delle condizioni esterne, prescritte dalla legge, si mostra produttivo di effetti giuridici per ciò solo ch' esse sono la guarentigia della sostanza, la quale consiste nella ferma volontà di ottemperare lealmente ai precetti della legge e di agire a norma di tale volontà. La maliziosa osservanza delle apparenze, nell' intento di violare con fine accorgimento la sostanza dei dettati legislativi, costituisce la frode: *Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem* (1). Onde la necessità che il possessore segua tale una condotta nell'acquisto della cosa da non meritare alcun rimprovero nei suoi atti. Il dolo o la violenza esercitata per farsi trasferire la proprietà altrui, esclude perciò l' idea della buona fede, alla esistenza della quale non basta l' ignoranza del vero pro-

(1) *Leg.* 5, *Cod.* « De legib. », I. 14.

prietario o la convinzione di avere colui che trasmette il potere di alienare; ma è mestieri eziandio che a questa prima condizione si aggiunga ancora quella di acquistare nei modi legittimi. « La bonne foi du possesseur doit-être absolue, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas la croyance que l'auteur du possesseur était propriétaire de la chose qu'il lui a transmise, il faut qu'il ignore tous les vices du titre en vertu duquel il possède » (1). Il sentimento del dovere e quello della colpa non bisogna confonderli: la legge ha il debito di proteggere e di garantire il primo, ma ha quello ancora più grave di smascherare e di punire il secondo. La coscienza del possessore, dal momento ch' egli sa di avere ricorso al dolo o alla violenza per ottenere il trasferimento della proprietà altrui, non può dirsi scevra da qualunque rimprovero, nè veramente sicura di aver legittimamente acquistato. Egli sapeva che la libertà del consenso è la sola causa abile perchè una convenzione legalmente si compia; non può quindi invocare la protezione della legge, quand' egli sa di aver operato contro la legge medesima. Qui, a nostro avviso, non bisogna che applicare le regole generali concernenti la libertà del consenso, per quanto possano esse conciliarsi colla materia speciale di cui si tratta; nel doppio intento di rendere più agevole l' esame delle quistioni che ci si presentano, e di evitare una contraddizione di principî che è sempre deplorevole, quando non può giustificarsi colla diversità dei motivi che la determinano.

Tre sono le cause che possono infermare la validità del consenso: l' errore, il dolo e la violenza. Se taluno, reputandosi per errore proprietario di una cosa o autorizzato regolarmente ad alienarne il dominio, lo trasmette difatti nei modi stabiliti dalla legge a chi, partecipe di tale errore, crede in buona fede di acquistarlo validamente; l' effetto di questo errore sarà del tutto diverso secondochè sia

(1) LAURENT, vol. VI, n. 208.

l'alienante quegli che chiede l'annullamento del contratto ovvero il proprietario che ne rivendichi il dominio. Nel primo caso il venditore, quantunque di buona fede, non può proporre la nullità della vendita essendogli, con molta severità, questo dritto formalmente negato dal capoverso dell'articolo 1459 (1); nel secondo caso però, se il possessore abbia ignorati completamente i vizi che impedivano al suo autore di trasmettergli la cosa, sarà sicuramente di buona fede, nè avrà l'obbligo di restituire al proprietario che rivendica i frutti percepiti. — Quanto al dolo e alla violenza, poi, possono darsi due ipotesi: o che il possessore non sia l'autore del dolo o della violenza esercitata contro la persona dell'alienante, ignorandone persino l'esistenza; o che egli stesso, da sè o per mezzo di altri, ne sia l'autore od anche, non essendolo, ne abbia avuta notizia nel momento dell'acquisto. Son due ipotesi diverse queste che meritano di essere studiate partitamente.

115. — Se il dolo o la violenza contro la persona dell'alienante non si adopera dal possessore, nè è da questo conosciuta nel momento dell'acquisto; la sua condotta, quand'egli crede profondamente di divenire legittimo ed assoluto proprietario della cosa trasferitagli, non può esser soggetta ad alcuna censura. La colpa altrui non deve offenderlo, nè pregiudicarlo: *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* (2). Si richiede una coscienza tranquilla, sicura dell'adempimento del proprio dovere, perchè siasi di buona fede; e questa si trova pienissima in chi non è stato partecipe, nè consapevole della colpa altrui. — Qui però parrebbe d'incontrarsi un ostacolo nella legge. Quanto al dolo nessun dubbio ch'esso, perchè dia luogo alla nullità del contratto, è mestieri sia stato adoperato dall'uno dei contraenti contro dell'altro (articolo 1115); ma, quanto alla violenza, è disposizione testuale dell'articolo 1111 che: *La*

(1) Troplong, *Vendita*, n. 238.
(2) Fr. 74, *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.

violenza usata contro colui, che ha contratta l'obbligazione, è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una persona diversa da quella, a vantaggio della quale si è fatta la convenzione. Il precetto di questo articolo osta forse a che colui, il quale, ignaro ad un punto della vera condizione dell' alienante e della violenza usatagli, acquista in tutta regola, venga considerato possessore di buona fede e capace perciò di acquistare i frutti percepiti? A noi sembra che no per tre ragioni semplicissime. In primo luogo la disposizione dell' articolo citato riguarda il caso, in cui la nullità venga richiesta dalla persona stessa che è stata vittima della violenza, o dai suoi eredi; mentre qui sarebbe un terzo (il proprietario), che invoca di far ricadere sul possessore la responsabilità di una colpa che non è sua. Ed in secondo luogo, intanto, si accorda a quegli dei contraenti, che ha subìta la violenza di un terzo, il dritto di proporre l'azione di nullità contro la persona colla quale ha contratto, in quanto non gli rimane altra via per evitare le conseguenze di una obbligazione che non è il risultato del libero volere: all' opposto il proprietario ha la *rei vindicatio* per ricuperare la cosa sua, oltre che non è stato egli che ha sofferta la violenza. E, infine, unica condizione richiede la legge nel possessore, perchè lo reputi di buona fede: ch' egli ignori completamente i vizi del suo titolo. Or, quando di tale ignoranza non può farsi dubbio, bisogna convenire che il voto della legge è soddisfatto; e che quindi si abbia dritto ad ottenere i favori ch'essa promette alla buona fede. « O il possessore », dice scolpitamente il Demolombe, « avrebbe ignorato questi vizi, e sarebbe allora di buona fede. O li avrebbe conosciuti, e sarebbe di mala fede » (1). E con maggiore concisione, parlando appunto del dolo e della violenza, scrive il Laurent: « Si le possesseur ignore le vice, il acquerra les fruits » (2).

(1) Vol. V, n. 606.
(2) Vol. VI, n. 213.

116. — Avviene il contrario però se il possessore sia stato egli l'autore del dolo o della violenza o ne abbia avuta notizia nel momento della contrattazione. Non può in tal caso il sentimento del dovere accordarsi con quello della colpa: la legge soccorre e premia il primo, respinge e punisce il secondo: *Emptor quoque est malae fidei, qui dolo induxit venditorem ut venderet* (1). La semplice coscienza di aver acquistato dal vero proprietario o da chi ne era debitamente autorizzato non basta, dov'essa non sia accompagnata dalla coscienza della legittimità dell'acquisto, la quale non è possibile quando già si conosce che la volontà di colui che trasmette non è stata libera nelle sue determinazioni. « Dal principio che il possessore di buona fede deve credersi proprietario, segue che il possessore che ha impiegato dei mezzi fraudolenti per farsi trasmettere la proprietà, non potrebb'essere di buona fede, nè potrebbe credersi legittimo proprietario, poichè egli deve sapere che la trasmissione della proprietà è il risultato di una volontà libera » (2). Il dolo o la violenza, adunque, che il possessore ha adoperata da sè, o che sa di essersi adoperata da altri nel fine di costringere la persona del suo autore ad alienargli la cosa, essendo di ostacolo alla buona fede, gli toglie il dritto di poter pretendere all'acquisto dei frutti percepiti (3). Nè vale il dire, che solo colui che l'ha subìto può prevalersi del dolo o della violenza, chiedendo la nullità del contratto; e che il proprietario rivendicante, essendo un terzo estraneo al medesimo, non ha ragione alcuna per invocare un favore inerente alla persona altrui. Imperciocchè l'acquisto dei frutti è un beneflzio che la legge accorda solo al possessore di buona fede, e non può dirsi tale chi sa di essere il suo acquisto frutto della frode o della violenza. « Invano si obbietterebbe al vero proprietario », scrive benissimo il

(1) CUJACIO, *Recitationes*, sul fram. 27 « De contrah. empt. ».
(2) CHAVOT, *Della proprietà mobiliare*, n. 466.
(3) DALLOZ, *Répert*, v. « Propr. », n. 327.

Demolombe, « che il dolo o la violenza sono stati adoperati non verso di lui, ma verso quello che a torto egli considerava come proprietario. Qui non si tratta soltanto del *dolus adversarii*, nè di una buona fede relativa; è uopo che il possessore abbia una buona fede completa ed assoluta, perchè possa acquistare i frutti rispetto al vero proprietario » (1).

117. — Ma il vizio derivante alla buona fede del possessore dalla conoscenza del dolo o della violenza può essere sanato colla conferma o col trascorrimento del tempo necessario a prescriversi l'azione di nullità? In altri termini, il dolo e la violenza formano un ostacolo assoluto alla esistenza della buona fede, ovvero un ostacolo semplicemente relativo, che il tempo o la conferma può ben cancellare? Di tale quistione, per quanto sappiamo, gli scrittori francesi non si sono occupati: limitandosi taluni, come Demolombe (2), Dalloz (3), Laurent (4), a dire in termini recisi, che la conoscenza del dolo o della violenza costituisca di mala fede il possessore; ed altri, come Duranton, Aubry e Rau, Toullier, Mourlon, serbando il più stretto silenzio su tal riguardo là, dove parlano della percezione dei frutti; silenzio che, a nostro avviso, debbe interpetrarsi come la più splendida prova, ch'essi intendano escludere ogni concetto di buona fede quando si tratti di violenza o di dolo. In Italia il Pacifici-Mazzoni scrive in proposito queste semplici parole: « Non sono possessori di buona fede coloro che hanno ottenuto un titolo col mezzo della violenza o del dolo » (5); ed il Borsari, pur intitolando una sezione del § 1497 *Della mala fede provata dalla immoralità dell'acquisto*, limita il suo discorso solo ad escludere la nozione della buona fede in colui che abbia esercitato o sia consa-

(1) Vol. cit., n. 606. Vedi nello stesso senso LAURENT, vol. VI, n. 213; BORSARI, vol. II, § 1497.

(2) Vol. V, n. 606.

(3) *Répert.*, v. « Propr. », n. 327.

(4) Vol. VI, n. 213.

(5) *Istit.*, vol. III, n. 175.

pevole del dolo o della violenza adoperata contro la persona dell'alienante. Unico adunque è il concetto degli scrittori francesi ed italiani su tale argomento, o parlino o tacciano: quello cioè di esigere una buona fede assoluta nel possessore perchè abbia dritto all'acquisto dei frutti, escludendola interamente, senza speranza di rimedio, nel caso di dolo o di violenza: *Bona fides contraria est dolo et fraudi* (1).

Quando però è il luogo di trattare della prescrizione, gli scrittori si occupano di proposito di siffatta quistione, intorno alla quale si hanno due dottrine: quella del Troplong che, come per la percezione dei frutti, richiede anche per la prescrizione la necessità di una buona fede assoluta; l'altra del Duranton che, distinguendo tra i due istituti, sostiene che il vizio del dolo o della violenza, pur rendendo annullabile il titolo nel rapporto coll'alienante, non è opponibile dal proprietario nel caso della prescrizione. Citiamo le loro stesse parole, acciò si comprenda meglio il significato delle due opposte dottrine. Il Troplong scrive: « Non è necessario di essersi nel caso di una nullità assoluta per aversi la mala fede. La nullità risultante dal dolo e dalla frode anche relativa allontana ogni idea di buona fede; essa si oppone al possessore per potersi credere proprietario legittimo » (2). E più sotto soggiunge: « Inutilmente l'atto soggetto a rescissione o infetto di nullità sarebbe divenuto inattaccabile per l'elasso del tempo. La prescrizione dell'azione di rescissione o di nullità può anche opporre un fine di non ricevere contro le impugnazioni dirette collo scopo di distruggere la esistenza materiale dell'atto; ma essa non cambia il dolo o la frode in buona fede. E marchisi che qui non si tratta se non di una quistione di buona fede. È d'uopo dunque rimontare all'origine dell'atto per trovare se la buona fede sia esistita, dappoichè, secondo l'articolo 2269, il momento dell'acquisto è il solo decisivo. La mala fede esistente

(1) Fr. 3, § 3, *Dig.*, « Pro socio », XVII, 2.
(2) *Prescriz.*, n. 919.

al tempo del contratto non può purgarsi che per un tempo di trent' anni, durante il quale, il terzo vero proprietario della cosa potrà mettere in chiaro il dolo e la frode da cui parte. È vero che da parte di colui che firma l'atto l'articolazione del dolo e della frode non è ammissibile che nei dieci anni. Ma il terzo, la di cui cosa è stata usurpata, si trova in una posizione più favorevole. Egli non esercita un'azione di rescissione o nullità: poco gl'importa che resti fermo o si annulli l'atto tra coloro che lo hanno sottoscritto, poichè è per lui *res inter alias acta*. Egli non cerca che un fatto, cioè: vi è stata o pur no buona fede? E, per istabilire che non è esistita al momento dell'acquisto, egli parla di dolo, di frode o nullità (1). Dall' altra banda, scrive il Duranton: « Questo titolo può essere nullo o annullabile, sia per incapacità di chi lo ha conceduto, come, per esempio, allorchè un minore o una donna maritata non autorizzata venda o doni l' immobile altrui, o per vizio di errore, di violenza o di dolo, o infine per vizio di forma; ed in questi casi il vizio può essersi purgato tra le parti, sia per effetto di una ratifica espressa, sia con l'esecuzione volontaria del contratto, o per ultimo col trascorrimento del termine stabilito dalla legge per l' esercizio dell' azione di nullità » (2). Poco appresso ripiglia: « Invero non si può dire che questo non sia un giusto titolo, poichè sarebbe stato traslativo di proprietà, se la cosa fosse appartenuta al venditore, salvo a costui il dritto di domandare la nullità nel termine stabilito dalla legge; ma dall' un canto il compratore sapeva a che esponevasi, e se ha voluto correrne il rischio non gli si può attribuire a delitto; e da un' altra parte questo dritto di domandare la nullità, essendo soltanto relativo al venditore ed ai suoi eredi o rappresentati, il terzo proprietario dell' immobile venduto non

(1) Op. cit., n. 921. Nello stesso senso MARCADÉ, vol. IV, art. 2265-2269; LAURENT, vol. XXXII, n. 411.

(2) Vol. XI, n. 358.

può trarne argomento per pretendere che il titolo nemmeno sia un giusto titolo a suo riguardo » (1).

118. — Donde mai la causa di tanta differenza di dottrina, secondochè si tratti della buona fede relativa alla prescrizione, ovvero di quella occorrente per la semplice percezione dei frutti? Quale il partito cui ci appiglieremo noi per trovar modo di risolvere siffatta quistione? Chi avrà seguìto attentamente il corso del nostro esame è già in grado di prevenirci nell'una e nell'altra risposta: è bene intanto di spendervi su qualche considerazione nel fine di porre in rilievo questo duplice concetto.

E, cominciando dalla prima indagine, riesce agevole il comprendere che la dottrina concorde degli scrittori francesi, nel ritenere che l'autore del dolo o della violenza, comunque ignori perfettamente esser altri il proprietario della cosa o mancare quegli da cui acquista della giusta facoltà di alienare, non possa mai, malgrado il decorrimento del tempo necessario ad estinguere l'azione di nullità contro di lui, reputarsi di buona fede, non potendo purificarsi una coscienza già macchiata in origine dal sentimento della colpa, sia la conseguenza inesorabile del principio di fatto che il Codice napoleonico mette a base della percezione dei frutti. Se la buona fede invero costituisce l'unica condizione perchè il possessore possa pretendere all'acquisto dei frutti, e il titolo non forma che un semplice elemento, una causa occasionale della medesima, è ben naturale che la coscienza del possessore debb'annunziarsi in modo assoluto scevra da qualunque rimprovero, trattandosi di una materia la quale si sottrae al dominio delle regole ordinarie di dritto, per essere governata invece dalle regole di equità. Se il sistema, come abbiamo avvertito più volte, non è razionale, è perfettamente logico: come si accordano al possessore tutti i vantaggi deri-

(1) Ivi, n 384. Quanto ai vizi derivanti da dolo o violenza, applica l'istesso principio nel n. seguente 385. Di questo avviso sono AUBRY e RAU, vol. I, § 217; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, vol. VI, n. 269.

vanti dal principio di fatto, senza che punto gli nuoccia il rigore derivante da quello di dritto; così è naturale e logico al tempo istesso ch'egli subisca tutti gl'inconvenienti che ne sono la necessaria conseguenza, senza che possa d'altra parte aspirare ai benefizi risultanti dal principio opposto. Sia l'uno o l'altro, il sistema non debbe accettarsi che intero; e tale è il motivo della dottrina concorde professata dagli scrittori francesi per quanto riguarda la percezione dei frutti. Perchè pongano suggello alle nostre osservazioni, diamo volentieri la parola ai chiarissimi Aubry e Rau: « Un possessore », essi scrivono, « è di buona fede, nel senso assoluto di questa parola, quando è convinto che il suo possesso è legittimo in tutti i modi; o, in altri termini, quando è nell'ignoranza di tutti i vizi senza eccezione, di cui il suo titolo può essere intaccato. In questo senso sembra doversi intendere la buona fede in fatto di percezione dei frutti. Ma, in materia di usucapione, la buona fede si prende in un senso più ristretto, e consiste unicamente nella credenza, in cui è l'acquirente, che la cosa appartiene a colui che ne dispone in suo favore, o, meglio ancora, nell'ignoranza in cui si trova che il disponente non ne è il legittimo proprietario » (1). E meglio in nota soggiungono: « La percezione è un mezzo di acquistare la proprietà dei frutti raccolti in buona fede, qualunque sia il vizio che macchia il titolo del possessore. Questo risultamento assoluto non può essere se non la conseguenza di una buona fede egualmente assoluta, di una buona fede, completa. Infatti la quistione sta unicamente nella buona fede, il titolo è richiesto come prova di quest'ultima » (2). — Dal diverso principio, adunque, che informa la materia della percezione dei frutti e quella della prescrizione, dipende nella dottrina francese il diverso concetto della buona fede nell'uno e nell'altro caso. Ma se è vero, come crediamo, quel che abbiamo dimostrato in altro

(1) Vol. I, § 217.
(2) Ivi, nota 13.

luogo(1), che non esiste più, cioè, nel Codice italiano, dualismo di principî e di disposizioni tra i due istituti, qual si trova, sulle orme del napoleonico, negli altri Codici aboliti, essendo sempre le medesime regole di dritto che governano tanto la percezione dei frutti quanto la prescrizione, bisogna convenire interamente che unica debba essere la nozione della buona fede, serva all'uno o all'altro effetto. Ond'è che il nostro esame si porge circoscritto a vedere quale tra le due dottrine sopra esposte, se quella del Troplong o quella del Duranton, meriti di esser preferita.

119. — Entrambe queste dottrine, se mal non ci avvisiamo, si presentano eccessive per opposte ragioni: l'una considera di mala fede a dirittura il possessore, che già siasi reso colpevole del dolo o della violenza; l'altra invece lo ritiene assolutamente di buona fede, malgrado il dolo o la violenza di cui sia l'autore. Noi non sappiamo comprendere perchè mai, quando si entra nello studio di siffatta materia, debba sempre venirsi ad opinioni estreme; le quali, per un verso o per un altro, si mostrano in piena antitesi coi principî generali di dritto. Sappiamo benissimo di trovarci in presenza di un rapporto giuridico eccezionale; ma l'eccezione non porta che debba annullarsi interamente il valore della regola, porta bensì ch'essa debba modificarsi nelle sue applicazioni. Tentiamo dunque di appigliarci ad un concetto che si tenga del pari lontano dagli estremi opposti.

La nozione fondamentale della buona fede risulta dalla ferma convinzione, in cui si trova il possessore, di acquistare dal vero proprietario o da chi abbia il giusto potere di alienare: *Bonae fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse* (2). — *Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius*

(1) Parte prima, capitolo II, n. 47 e seg.
(2) Fr. 109, *Dig.*, « De verb. signif. », L, 16.

esse, bona fide emit (1). È questa la condizione specifica per cui si distingue da ogni altra siffatta attinenza particolare di dritto; ed è questa la causa eziandio per cui la legge soccorre della sua protezione colui che si crede giustamente e non è proprietario. Se tale condizione nel possessore manca, egli è sicuramente di mala fede; chè, facendo difetto la coscienza di ritenersi proprietario, non può aversi che quella di essere usurpatore: *Qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere* (2). Bisogna dunque ignorare perfettamente che quegli da cui si acquista non sia il vero proprietario: è questa la condizione necessaria perchè si abbia un possessore di buona fede; ma è necessario ancora ch' egli possegga tutte le altre condizioni, che la legge richiede inesorabilmente in colui che vuole acquistare il dominio regolare delle cose. Se l' adempimento della prima condizione lo costituisce nello stato di eccezione, l'adempimento delle seconde lo rende soggetto all' impero delle regole generali: quanto all'una, è inevitabile l' alternativa: o è di buona fede o di mala fede; quanto alle altre, invece, partecipa ai favori e ai disfavori, ai mali e ai rimedî che sogliono accordarsi ad ogni altro dalla legge. Fuori di questo concetto bisogna infrangersi negl' inconvenienti delle opinioni estreme, e od ammettere col Troplong una buona fede puramente di fatto od assolvere col Duranton il possessore dalla buona fede derivante dall'osservanza della legge, che è sempre necessaria in qualunque contrattazione: così nell' uno come nell' altro caso non si tien conto dei principî.

120. — Vero è che nelle sue pratiche conseguenze, e riguardo alla sola prescrizione (3), la dottrina del Duranton,

(1) Fr. 27, *Dig.*, « De contrah. empt. ». XVIII, 1.

(2) Fr. 27, *Dig.*, « De contrah. empt. », XVIII, 1.

(3) Avviene di fatti che, quando sia scorso il termine per esercitarsi l' azione di rivendicazione, si trovi già trascorso anche quello per potersi dimandare la nullità del contratto, sia esso di dieci anni come

non dà luogo ad inconvenienti; ma ciò non toglie che la sia viziata nel suo principio e che debba perciò esser necessariamente perniciosa negli altri casi. L'errore di tale dottrina sta in questo ch' essa fa consistere tutta la buona fede del possessore nella ignoranza del vero proprietario, facendo degli altri vizi, che possono offendere il contratto, un affare che riguarda i rapporti personali del possessore col suo dante causa. Ma non si pon mente che così viene a proteggersi un poco la immoralità e la illegalità delle contrattazioni. Che importa sentirsi pienamente convinto di essere quegli che trasmette il vero proprietario della cosa se, anche ritenendolo tale, si sono violati a un punto, coll' esercizio del dolo o della violenza per costringerlo all' alienazione, i precetti della legge e della morale? Non è d' uopo che il Codice lo dica espressamente, che il possessore non debba trarre profitto da un acquisto immorale, essendo questa una regola assoluta che governa ogni maniera di contratto. Il Duranton avverte tutta la forza di questa obbiezione; onde, dopo aver detto: « Il dritto di dimandare la nullità, essendo soltanto relativo al venditore e ai suoi eredi o rappresentanti, il terzo proprietario dell' immobile non può trarne argomento per pretendere che il titolo nemmeno sia un giusto titolo a suo riguardo », soggiunge: « e sopratutto non può più parlarne se, come avverrà quasi sempre in simil caso, fosse decorso il termine della rescissione » (1). Ma qui un' alternativa: o il Duranton crede che il vizio derivante dal dolo o dalla violenza venga a correggersi col trascorrimento del tempo necessario a prescriversi l' azione di nullità e che perciò, integrandosi la buona fede viziata in principio, il possessore sia nel dritto di potersi opporre validamente alla rivendicazione del proprietario; e allora noi siamo interamente con lui. O crede invece che basti il semplice titolo

nel Codice francese (art. 1304 Cod. nap.), o di cinque come nell' italiano (art. 1300).

(1) Vol. cit., n. 184.

di acquisto, formato nella convinzione di acquistare dal vero proprietario, perchè possa il possessore, malgrado il dolo o la violenza che offende il contratto, paralizzare l'azione del rivendicante, e allora non può sottrarsi all'obbiezione di voler favorire nel possessore quella mala fede che la legge condanna in ogni specie di convenzione. « L'acquéreur a sans doute cru que la propriété lui était transférée, puisqu' il acquiert en vertu d'un titre translatif de propriété; malgré cela il ne peut pas se croire propriétaire, parce que il sait que son titre est vicié et a besoin d'être confirmé; il ne peut pas donner au possesseur la conviction qu'il est propriétaire » (1).

Il nostro concetto adunque è questo: noi riteniamo fermamente che l'essenza della buona fede richiesta nel possessore consista nell'ignoranza del vero proprietario; ma riteniamo ancora ch'egli abbia bisogno eziandio di quell'altra specie di buona fede necessaria per qualunque contrattazione, la quale deriva dall'osservanza dei precetti stabiliti dalla legge nel fine di ottenere la libera manifestazione del consenso, perchè la buona fede si mostri compiuta nel suo doppio elemento specifico e generico. E poichè il dolo e la violenza sono vizi che sogliono sanarsi col tempo (art. 1300), sì perchè si presume che la parte offesa abbia voluto liberamente rinunziarvi, sì perchè oltre un dato termine debbono evitarsi certi rimedi peggiori spesso del male che intendono curare, bisogna ammettere che, come per gli altri, così anche pel possessore di buona fede possano correggersi i vizi del dolo o della violenza, quando sia scorso il tempo necessario a prescriversi l'azione di nullità. La disposizione dell'articolo 1300, difatti, si porge assoluta, nè accenna a riserva di sorta; non sta quindi al nostro arbitrio metter fuori regola anche per questa parte il possessore di buona fede, se tale non si mostra la volontà della legge. Ma nessuna parola vi ha in essa che accenni a siffatta ecce-

(1) LAURENT, vol. XXXII, n. 411.

zione, nè, a nostro avviso, vi sarebbe la ragione. Imperciocchè, come è duro che sia costituito in una specie di privilegio il possessore di buona fede, nel rapporto cogli altri contraenti, assolvendosi da quei vizi che in questi sogliono punirsi; così è duro eziandio ch'egli non possa valersi degli stessi rimedi che sogliono accordarsi in modo assoluto dalla legge in quella parte, dov'egli, partecipando interamente agli obblighi imposti a qualunque contraente, è mestieri altresì che partecipi anche ai dritti. E ciò si mostra appunto sommamente ragionevole e giusto perchè in lui non manca quella buona fede che suol richiedersi come condizione essenziale in questo rapporto speciale di dritto. Così è che noi, pur convenendo col Duranton nel far consistere la buona fede del possessore nella ignoranza del vero proprietario, sentiamo il debito d'altra parte di sottoscriverci alla dottrina del Troplong nell'ammettere che i vizi derivanti dal dolo o dalla violenza, come rendono il titolo annullabile nel rapporto coll'alienante, così lo rendono di nessun effetto anche nel rapporto col proprietario; ma ci allontaniamo pure da questo nel ritenere che tali vizi siano sanabili col tempo tanto di fronte a colui che ha alienato quanto a quegli che rivendica. È un'applicazione pura e semplice dei principî generali che intendiamo fare, per quanto possono conciliarsi colla materia speciale in cui versiamo.

121. — Un grave appunto può farsi alla nostra opinione, dicendo: che la buona fede non è mai possibile là dove non si ha una coscienza incolpevole ed intemerata, la quale manca del tutto nel caso del dolo e della violenza. Ma precisamente questo noi sosteniamo, distinguendo però tra la buona fede speciale necessaria al possesso, e quella ordinaria richiesta in qualunque contrattazione; esigendo la prima come condizione *sine qua non*, perchè sia possibile la nozione del possesso di buona fede; esigendo la seconda come condizione di lealtà e di onesto operare, indispensabile acciò si abbia sempre dritto alla protezione della legge. Da questa distinzione, che è nella natura intima delle cose, ne viene

la logica conseguenza, che la mancanza della prima non può in nessun modo correggersi; ma che la mancanza della seconda può essere supplita, come negli altri casi, anche in quello del possesso. Se poi voglia aggiungersi che non è giusto sia accordato il dritto di acquistare i frutti della cosa altrui a chi non può dirsi che possegga una coscienza scevra da qualunque rimprovero, noi rispondiamo che ciò sta bene nel periodo di tempo in cui può esercitarsi l'azione di nullità per causa di dolo o di violenza, ma non più quand'esso è trascorso; chè, sanandosi la nullità, il titolo riprende tutta la sua efficacia, come se fosse stato fatto in piena regola sin da principio.

Nè ci sgomenta l'obbiezione del Laurent: « La nullité relative, dit-on, n'empêche pas que le titre du possesseur soit un juste titre; il est difficile de comprendre qu'une cause qui permet au possesseur de fonder la possession sur un juste titre, le constitue néanmoins de mauvaise foi. Cela serait effectivement une anomalie si le titre se confondait avec la bonne foi, mais dans notre droit moderne la bonne foi est distincte du titre; dès lors il peut y avoir titre sans qu'il y ait bonne foi, par suite les vices qui empêchent la bonne foi n'ont rien de commun avec le titre » (1). Siffatta obbiezione sarebbe decisiva se noi si accettasse puramente e semplicemente la dottrina del Duranton che considera il titolo annullabile per un vizio relativo, come giusto titolo nel rapporto col vero proprietario; ma noi invece sosteniamo, che nel caso del dolo o della violenza il possessore non diviene di buona fede se non solo quando, sanandosi la nullità, si reputa come se avesse acquistato regolarmente sin dal primo momento che il contratto è stato posto in essere.

Ma un'ultima obbiezione ci viene dal dritto romano, ed è appunto quella che ha fatto cadere l'alto ingegno del Troplong nell'errore che combattiamo. È una legge degli imperatori Diocleziano e Massimiano così concepita: *Si fraude*

(1) Vol. XXXII n. 411.

et dolo (*licet inter majores vigintiquinque annis*) *facta venditio est, hanc confirmare non potuit consequens tempus, cum longi temporis praescriptio in malae fidei contractibus locum non habeat* (1). Se dovesse starsi alle parole di questa legge, esse sarebbero troppo chiare per escludere l'idea della buona fede nel caso di dolo e di frode — *cum longi temporis praescriptio in malae fidei contractibus locum non habeat;* ma bisogna comprenderlo bene il valore di queste parole, prima di venire ad una conseguenza di tanta importanza. È nota la distinzione romana tra i *negotia stricti juris* ed i *bonae fidei negotia.* Orbene: nei *negotia bonae fidei,* dovendo giudicarsi *ex bono et aequo* (2) *ut inter bonos ager oportet,* il dolo e la frode costituivano un vizio permanente del contratto, contro il quale vi era sempre luogo a difesa (3). Così si spiega il vero significato del principio esposto nella legge citata: aveva luogo il divieto di valersi della *praescriptio longi temporis* per la ragione semplicissima che, essendo la vendita un contratto di buona fede, era mestieri della *praescriptio longissimi temporis* per sanarsi il vizio derivante dal dolo e dalla frode; ma non perchè facesse difetto nel possessore la buona fede speciale consistente nella ignoranza del vero proprietario, che è quella necessariamente richiesta e la cui mancanza è irreparabile, per potersi prescrivere con dieci anni. Bisogna dunque nell'indole stessa dei contratti *bonae fidei,* e non nei motivi speciali della lunga prescrizione, trovarsi la ragione di tale divieto. *Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit: sciens contrarium esse dolum bonae fidei* (*quae in hujusmodi maxime contractibus exigitur*) *rescindi venditionem jubebit* (4). — *Bonae fidei contractu, majores*

(1) *Leg.* 6, *Cod.* « De praescript. long. temp. », VII, 33.
(2) *Instit.* § 3, « De oblig. ex consensu », lib. III, § 23.
(3) Fr. 152, § 3, *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.
(4) *Leg.* 5, *Cod.* « De rescind. vendit. », IV, 44.

etiam vigintiquinque annis officio judicis in his, quae dolo commissa sunt, adjuvantur (1). Il Troplong guardò solo al fatto del divieto di poter prescrivere con dieci anni nei casi di dolo e di frode, senza por mente alle cause che lo giustificano, e fu tratto in errore. — Se l'essenza adunque della buona fede speciale al possesso consiste nella ignoranza assoluta del vero proprietario, e l'altra non è che la condizione ordinaria di ogni contratto, la quale, dove manchi, può sanarsi col tempo, bisogna convenire pienamente che riguardo al possessore eziandio, quando è saldo in lui il convincimento di aver acquistato dal proprietario effettivo, il trascorrimento del tempo serve a sanare anche nel rapporto col rivendicante il vizio della buona fede derivante dal dolo o dalla violenza.

122. — Valga il medesimo principio per la conferma che l'alienante, poi che abbia scoperto il dolo o sia cessata la violenza, faccia del contratto soggetto ad essere annullato. Tanto nel caso in cui l'azione di nullità si prescrive col tempo, che in quello altresì in cui la parte offesa rinunzia al dritto di prevalersi del dolo o della violenza, il titolo, poichè vengono a sanarsi i difetti che lo rendevano viziato, è da reputarsi valido sin dal primo istante della sua formazione: è l'applicazione logica dei principî generali di dritto (art. 1300, 1309). Ond'è che il possessore in siffatti casi acquisterà i frutti percepiti sin dal giorno del suo acquisto. Ci sembra perciò erronea l'opinione del Troplong, quando scrive: « Se al tempo della tradizione il venditore aveva rinunciato a far valere i mezzi di dolo, il compratore comincerà da questo momento un possesso di buona fede fondato su di un titolo, i di cui vizi saranno svaniti » (2). Nel medesimo errore cade il Borsari quanto ai vizi di forma, ritenendo che solo

(1) *Leg.* 2, *Cod.* « De act. empt. et vend. », IV, 49. Vedi fr. 7, § 3, *Dig.*, « De dolo malo », IV, 3; fr. 9 pr., *Dig.*, « Eod. »; fr. 11, § 5, *Dig.*, « De act. empt. et vend. », XIX, 1.

(2) Op. cit., n. 922.

al prescriversi dell'azione di nullità si acquisti la buona fede, e con essa i frutti. « Allora la sua buona fede è, per così dire, perfetta. Ora, assolto come si trova dal pericolo dell'azione, accertato della sua proprietà, ha quella pienezza della coscienza di proprietario che prima non poteva avere. *Da quel momento egli comincia ad acquistare i frutti* » (1). Non sappiamo comprendere perchè debba in questo caso non farsi applicazione delle regole generali: la legge nulla dice in proposito, nè vi ha d'altra parte motivo ragionevole per cui sia luogo ad una distinzione. Tralasciamo però di combattere siffatta opinione, chè l'errore è sempre uno, quello di confondere la buona fede ordinaria con l'altra che è speciale al possesso: ciò che abbiam detto innanzi riguardo al principio, vale per questa che è una semplice conseguenza.

II.

123. — La ricerca che imprendiamo è delle più gravi; ma ci sarà di grande ajuto in essa tutto quanto abbiamo detto innanzi a proposito del dolo e della violenza. Si tratta del caso in cui il possessore acquista dall'incapace. Anche qui bisogna supporre sempre ch'egli ritenga di acquistare dal vero proprietario perchè si stia nei termini della quistione; ed allora due ipotesi sono possibili: o che il possessore conosca di essere incapace colui che trasmette o che lo ignori. Nel primo caso, la buona fede del possessore non si presenta intera; e perciò, malgrado egli ignori la esistenza del vero proprietario, non potrà far suoi i frutti, se prima quel vizio non siasi sanato mediante la conferma dell'incapace divenuto capace, o il prescriversi dell'azione di nullità. « Il vero padrone rivendica la cosa; guadagnerà il possessore i frutti da lui percepiti? Ci sembrerebbe doversi

(1) Borsari, vol. II, § 1498.

adottare l'affermativa se al momento della rivendicazione intentata dal vero proprietario, la causa di nullità fosse stata distrutta dalla ratificazione del minore divenuto maggiore, della donna maritata vedova o dei loro eredi » (1).

È bene intanto notare come, nel caso in cui il possessore acquista conoscendo la incapacità della persona colla quale contrae, solo allora gli si accorda dagli scrittori il dritto di far suoi i frutti, quando la nullità del contratto sia stata sanata colla conferma dell'incapace divenuto capace o dei suoi eredi. Della prescrizione dell'azione di nullità, come mezzo efficace per correggere il vizio della buona fede, non si parla punto; anzi il Laurent combatte fieramente siffatto concetto trattando della prescrizione: « La bonne foi n'est pas une condition relative, comme on le prétend; cela ne se conçoit guère. Il s'agit d'une condition qui tient à la conscience; or l'homme a-t-il deux consciences, l'une à l'égard du vendeur, l'autre à l'égard du propriétaire?..... Celui qui est de mauvaise foi ne mérite que la loi prenne parti pour lui contre le propriétaire » (2). Non che, secondo noi, si riconosca il dritto nel possessore di poter prescrivere od acquistare i frutti malgrado la sua mala fede; ma riteniamo invece che, col prescriversi dell'azione di nullità, la condizione giuridica del possessore, come non può essere più attaccata dalla persona colla quale ha contratto, debba del pari essere rispettata dal proprietario. E poi ci sembra assai illogico che nel caso della conferma possa venire emendato il vizio della buona fede nel possessore, mentre nel caso che si prescriva l'azione di nullità resti sempre insanabile siffatto vizio. Che vi siano due pesi e due misure nella legge noi nol crediamo: crediamo, invece, ch' essa riconosca la medesima efficacia per cancellare i vizi che offendono il titolo, tanto nella prescrizione quanto nella conferma

(1) DEMOLOMBE, vol. V, pag. 605. Ved. in tal senso DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », n. 324; LAURENT, vol. VI, n. 214.

(2) LAURENT, vol. XXXII, n. 412.

(art. 1300, 1309). E infine, se il dritto nel proprietario d'invocare la mala fede del possessore dipende dal fatto che questi abbia acquistato dall'incapace, è del dritto di costui ch'egli si vale: ond'è naturale che, cessando nell'uno, debba cessare anche nell'altro tale facoltà.

Nè vale ricorrere all'autorità del dritto romano per sostenere che il decorrimento del tempo non sia efficace a correggere il vizio derivante dalla incapacità delle persone colle quali si contrae; chè e noto a tutti, come in dritto romano la vendita e la tradizione fatte dall'incapace fossero reputate assolutamente nulle. E la ragione di tale principio è sempre la stessa; chè, essendo la vendita un contratto di buona fede, non poteva assolversi il possessore dalla colpa di aver acquistato scientemente dall'incapace. *Si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit dominus non ero* (1). — *Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque ut scias: usucapere non potes* (2). Nel dritto moderno però il contratto consentito dall'incapace non è nullo di pieno dritto; ma si mostra invece produttivo di effetti giuridici finchè, sulla dimanda dell'incapace istesso o de' suoi legittimi rappresentanti, non venga annullato. Onde a noi sembra che nulla osti nel Codice italiano a che, quando il possessore acquista scientemente da persona incapace, ma che suppone aver il dominio effettivo della cosa, possa far suoi i frutti percepiti dalla medesima contro il proprietario che la rivendica sin dal primo istante del suo possesso, se sia trascorso il termine necessario a prescriversi l'azione di nullità. Questa opinione ci sembra tanto più certa quanto più grande è la incertezza degli scrittori, i quali si trovano costretti dalla loro dottrina ad ammettere l'illogica conseguenza di ravvisare un possessore di buona fede nel caso che il vizio derivante dalla incapacità conosciuta della persona colla

(1) Fr. 26, *Dig.*, « De contrah. empt. », XVIII, 1.
(2) Fr. 12, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.

quale si è contratto, sia stato sanato colla conferma (1); ed un possessore di mala fede, quando il medesimo vizio *ope legis* sia stato corretto mediante la prescrizione (2). Onde il Dalloz, per evitare siffatta contraddizione, si è sentito nella necessità di decidere che il possessore acquista i frutti dal momento della conferma: « Nous n'hésitons pas à qualifier sa possession de bonne foi, à l'effet de lui faire gagner les fruits perçus au moins depuis la ratification qui a entièrement purgé l'un des deux vices, le seul connu, de son titre » (3). Piccoli espedienti, i quali, mentre attestano il poco rispetto dei principî, si mostrano d'altra parte insufficienti a supplirne la mancanza!

124. — Ma può darsi ancora che il possessore ignori a un punto il difetto di proprietà e di capacità della persona dalla quale acquista. Quale sarà la sua condizione giuridica in tal caso nel rapporto col vero proprietario della cosa? Il dritto romano dispone che, quando il possessore sconosce completamente il doppio vizio che offende il suo titolo, può benissimo aspirare all'acquisto dei frutti ed alla prescrizione della proprietà: *Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est* (4). — *Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem: dicimus usucapionem sequi* (5). — *Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero: constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio* (6). Tale è la dottrina degli interpetri del dritto romano: *At enim*, scrive il Vinnio, *si dominum esse existimet, necesse est ut simul credat esse eum cui rerum suarum alienatio non sit interdicta: nam*

(1) Demolombe, vol. V, pag. 605; Dalloz, *Répert.* v. « Propr. », n. 324; Laurent, vol. VI, n. 214.

(2) Laurent, vol. XXXII, n. 412.

(3) Dalloz, *Répert.*, v. « Propr. », n. 324.

(4) Fr. 13, § 1, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.

(5) Fr. 2, § 15, *Dig.*, « Pro empt. », XLI, 4.

(6) Fr. 2, § 16, *Dig.*, « Pro empt. », XLI, 4.

si verbi gratia a pupillo quem dominum putet, rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse (1).

Grandissimo è l'accordo degli scrittori francesi su questo punto: se al possessore è ignota perfettamente la incapacità della persona colla quale contrae, come gli è ignota altresì la mancanza di proprietà della medesima, egli è reputato di buona fede, ed ha perciò il dritto di acquistare immediatamente i frutti colla percezione. « Il possessore sarà considerato come di buona fede, se infatti ha creduto che il minore era maggiore, l' interdetto padrone de' suoi dritti, la donna maritata nubile o vedova, ecc. Il possessore ha benissimo potuto ignorare in fatto i vizi estrinseci e personali del suo autore, che si opponevano nel caso particolare alla trasmissione della proprietà. Cotalchè siamo allora ad un tempo nel testo e nei motivi della legge. Invano si opporrebbe la massima: *qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* Ciò è vero per l'acquisto della cosa medesima, che è di *dritto*, ma non per l' acquisto dei frutti, che è di *fatto* » (2). « Que faut-il décider si le possesseur a acquis la chose d'une personne incapable? L'incapacité est un vice qui rend le contrat nul. Nous sommes donc dans le cas prévu par l'article 550. Si le possesseur ignorait l'incapacité de son auteur, il gagnera les fruits, car il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore le vice. *Tout le mond est d'accord sur ce point* » (3). Ed ha veramente ragione il Laurent nell' accusare la dottrina uniforme che regna negli scrittori e nella giurisprudenza francese (4), alla quale si associa pienamente il Pacifici-Mazzoni (5).

(1) Op. cit, lib. II, tit. I, n. 5. Vedi VOET, lib. XLI, tit. III, n. 13. POTHIER, *Prescriz.*, n. 96.

(2) DEMOLOMBE, vol. V, pag. 605.

(3) LAURENT, vol. VI, n. 214.

(4) MOURLON, vol. I, pag. 704; AUBRY e RAU, vol. I, § 201; DURANTON, vol. II, n. 353; TROPLONG, *Prescriz.*, n. 925; DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », n. 314.

(5) *Instit.*, lib. III, § 175.

Il Borsari pertanto, allontanandosi con nobile ardimento dall'opinione generale, sostiene che non è giusto si assolva il possessore dall'obbligo di dover conoscere la condizione della persona colla quale contrae, facendosi scudo della sua negligenza per invocare il benefizio dell'acquisto dei frutti; quando nessuna disposizione vi ha che conceda espressamente di derogare alle regole comuni, ed osta d'altra parte il motivo per cui sono state introdotte dalla legge le guarentigie in favore degl' incapaci (1). Conveniamo interamente nella opinione del Borsari, se non che sentiamo gravissimo il debito di esporre le ragioni per cui crediamo di non poterci sottoscrivere alla dottrina comune.

125. — Quanto all'errore di dritto nessun dubbio che, se taluno acquista scientemente da persona incapace, ignorando però le disposizioni della legge relative alle condizioni ch' essa prescrive per l'alienazione degl' incapaci, non possa trar vantaggio da siffatta ignoranza, poichè trattasi di leggi di ordine generale (2). *Si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia juris error nulli prodest* (3). La quistione è riguardo all'errore di fatto, quando cioè s' ignora la incapacità della persona dalla quale si acquista: è qui che ci occorre un esame abbastanza severo per giustificare il concetto che intendiamo adottare.

Il dritto del possessore di buona fede è in perfetta opposizione con quello del proprietario, l'uno acquista quel che l'altro perde; la legge non può fare il sacrifizio del dritto del proprietario a pro del possessore, se non per punire l'inadempimento di un dovere nel primo e garantirne l'adempimento nel secondo. Il possessore può benissimo ignorare chi sia il vero proprietario di una cosa, chè, nell' incessante avvicendarsi dei rapporti civili, i titoli della proprietà si

(1) Borsari, vol. II, § 1497-1501.
(2) Troplong, op. cit., n. 926.
(3) Fr. 2, § 15, *Dig.*, « Pro empt. », XLI, 4.

disperdono e si confondono; e poi l' usurpazione della cosa altrui non debbe aver grande attrattiva nell'animo dell'uomo prudente, accompagnandosi ad essa perdite inaudite ed amare espiazioni. La legge, adunque, non mette in colpa il possessore sol perchè ignora la vera persona del proprietario; quando tale ignoranza è sentita e profonda, egli invece merita di essere protetto. Ma quanto al resto non può pretendere il possessore di ottener una protezione maggiore e più ampia di quella che viene accordata a coloro che acquistano effettivamente dal proprietario. Egli è un contraente come ogni altro; debbe perciò ottemperare pienamente a tutti quei precetti che la legge impone a chiunque voglia conseguire il trasferimento legittimo delle cose. Ond' è che per questa parte l' eccezione cessa, e il possessore ha dritto di avere il medesimo trattamento concesso a qualunque acquirente, poichè si trova di aver adempiuti i medesimi obblighi. Egli è un proprietario in tutta regola; se non che mancando il dominio nella persona del suo autore, mancherà anche in lui; ma la sua coscienza di essere divenuto proprietario debb'essere intera, la sua condotta legalmente inappuntabile: alla certezza di aver acquistato dal vero padrone debbe aggiungersi in lui la stretta osservanza dei dettati della legge. Dal non essersi posto mente a questi principî ne è venuta negli scrittori o una estrema severità o una estrema deferenza pel possessore: ed or si reputa assolutamente insanabile in lui il vizio del dolo o della violenza; or si assolve interamente dal vizio in cui è incorso acquistando dall' incapace: si è arbitrarî la prima e la seconda volta. Non si creino privilegi e disfavori che nè la legge, nè la ragione consentono; si tenga conto delle eccezioni bensì, ma non si estenda il loro valore ed il loro significato oltre il giusto termine.

L' eccezione, adunque, sta in ciò: che il possessore crede con certezza, ma non acquista nel fatto dal vero padrone, e che per tal motivo, avendo egli la volontà e l' attività del proprietario, ne acquista i frutti. Quanto al resto la condi-

zione del possessore di buona fede è perfettamente identica a quella di ogni altro legittimo acquirente; ne ha a un punto tutti gli obblighi e tutti i dritti, nessuno eccettuato. Or la legge dispone, in termini assoluti, che chiunque contrae coll' incapace debbe sempre sottostare, ignori o no la sua incapacità, ad un' azione di nullità da parte di quest'ultimo o dei suoi legittimi rappresentanti (art. 1303); finchè non sia trascorso il termine necessario per prescriversi (art. 1300), ovvero non sia stato sanato il vizio del contratto mediante la conferma o la esecuzione (art. 1309). Se nessuna riserva espressa o tacita troviamo nel precetto della legge, non vi ha ragione perchè ad esso debba sottrarvi la persona del possessore. Nè vi ha d'altra parte motivo legittimo, che valga a costituirlo in una specie di privilegio; nè la sua condotta del resto può dirsi esente da rimprovero, potendo egli informarsi benissimo della vera condizione del suo autore. Onde logica e giusta ci sembra la conseguenza ch' egli, malgrado abbia ignorato la incapacità della persona colla quale ha contratto, come è soggetto all' azione di nullità da parte di quest' ultima, così debb' essere soggetto altresì all' obbligo di restituire al proprietario i frutti percepiti, quando questi rivendichi la cosa propria prima che il vizio del titolo sia stato sanato colla conferma o colla prescrizione; non potendo entro quel termine dirsi seriamente che il possessore abbia acquistato mediante giusto titolo, e ch' egli abbia adempiuto esattamente alle prescrizioni della legge.

126. — Come spiegarci allora la dottrina di quegli scrittori che riconoscono nel contratto concluso coll' incapace, quando ignorasi a un punto la mancanza di proprietà e di capacità in quest' ultimo, i caratteri e l' efficacia del giusto titolo? Quanto alla percezione dei frutti, essendo questa considerata come una materia di puro fatto, la ragione è facile a indovinarsi; poichè poco si bada in essa ai precetti della legge, guardandosi invece al requisito di una coscienza moralmente irreprensibile ed onesta. Ed è questa appunto la ragione che spesso s' invoca per isfuggire al rigore della

massima: *nemo praesumitur ignarus conditionis ejus cum quo contrahit.* « Cette maxime n'est vraie, ainsi qu'on l'a fait justement observer, que pour l'acquisition de la chose elle-même, qui est de *droit*, mais non pas pour l'acquisition des fruits, qui est de *fait* » (1).

Ma il fatto è che la medesima dottrina si applica ancora quando si tratti della prescrizione. « Non è dubbioso che se un minore, un interdetto, una persona sottoposta alla assistenza di un consulente giudiziario e non assistita nell'atto o una donna maritata non autorizzata da suo marito, abbiano venduto un immobile, ch'essi possedevano e che apparteneva altrui, a taluno che ignorava nel tempo stesso questa circostanza e la incapacità del venditore; non è dubbioso, diciamo, che il compratore possa benissimo prescrivere con dieci o venti anni contro il terzo proprietario » (2). « Io compro da Francesco che si dice maggiore quantunque sia minore. Nel merito l'atto è nullo, e se io avevo conoscenza della sua incapacità, non potrò eccepire la buona fede, dappoichè conoscendo il suo stato di minorità, doveva necessariamente ancora conoscere le leggi che restringono la capacità dei minori. Ma l'età di un individuo consiste in un fatto, e gli uomini più accorti possono essere ingannati dalle apparenze. Il mio errore adunque sarà scusabile e la mia buona fede mi gioverà. È questa la decisione di Paolo e di tutti gli autori antichi e moderni » (3).

Quanto al Duranton possiamo spiegarla bene siffatta dottrina colla opinione, da lui professata, che i vizi del titolo, cioè, quando non son tali da renderlo nullo in modo assoluto o meglio inesistente, non impediscono al possessore di poter opporre al proprietario un giusto titolo, quantunque

(1) DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », n. 314. Confr. DEMOLOMBE vol. V, pag. 605.

(2) DURANTON, vol. XI, n. 383.

(3) TROPLONG, *Prescriz.*, n. 925.

nel fatto esso sia annullabile nel rapporto colla persona che ha alienato. « Infatti, quantunque quest' atto fosse capace di essere rescisso sulla domanda del venditore incapace, era pure un giusto titolo nel senso della legge sulla prescrizione; era traslativo di proprietà come se fosse stato formato da una persona capace, salvo la rescissione, ove fosse stata domandata nel termine di dritto » (1). Ma ci riesce assai malagevole il comprendere come mai il Troplong, pur convenendo che « l'atto nel merito è nullo » (2); affermi nondimeno serbar esso l'efficacia di far decorrere la prescrizione, appunto perchè ignorasi dal possessore nel momento dell'acquisto il vizio che l'offende, invocando su di ciò il sostegno e l'autorità del dritto romano. Ma dimentica egli forse che siffatta materia non può farsi tanto a fidanza col dritto romano; il quale, dando un'assoluta prevalenza al principio di fatto su quello di dritto, mette unicamente a base della prescrizione la buona fede del possessore, senza curarsi poi se abbia adempiuti interamente i precetti della legge? E non è questa la sua dottrina? (3). Ma ci si consenta una breve considerazione riguardo al dritto romano.

Nel dritto romano, chi ben guardi si accorgerà di un

(1) Duranton, loc. cit.

(2) Loc. cit.

(3) Troplong, op. cit., n. 872. Ecco ciò ch'egli scrive: « Nel dritto romano la buona fede non aveva necessariamente bisogno di un giusto titolo per giustificarsi. Quando era chiara, evidente, solennemente stabilita, e che non aveva sotto questo rapporto alcun rimprovero a fare al possessore, nient'altro si esigeva per l'acquisto dell'usucupazione o della prescrizione: si è spesso parlato del giusto titolo nelle leggi romane, ma è piuttosto come indizio abituale della buona fede e fondamento di un errore plausibile, anzi che come condizione necessaria per dargli nascita; dappoichè una quantità di esempi provano che se la buona fede esista senza il titolo, basta da se sola..... Se la doppia condizione del titolo e della buona fede non si fosse naturalizzata nel nostro dritto con una lunga giurisprudenza, sarebbe stato d'uopo inventarla. Io ricordo adunque il principio romano per far rimarcare il progresso del dritto francese ».

certo qual contrasto nei principî che regolano siffatta materia. Come conciliare, difatti, il significato reciso della seguente legge del Codice: *Eum qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis longi spatium defendit* (1), con quello non meno assoluto di questa sentenza di Paolo: *Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem: dicimus usucapionem sequi* (2). Il Voet si sforza di conciliare questi due testi ripugnanti; ecco le sue splendide parole: *Res quoque pupillares, durante impubere aetate, usucapi non posse Paulus docet* (fr. 48, § 1, De adqu. rer. dom.), *quemadmodum postea, illius aetatis favore constitutum fuit ne contra pupillos annorum triginta praescriptio currat.... Nihil quoque in contrarium facit* (fr. 2, § 15, *Dig.* pro empt., XLI, 4). *Cum illa lex non incommode possit accipi de pupillo qui rem non suam, sed alienam a se possessam distraxit; et deinde responderi possit ex benignitate ibi processisse rei pupillaris usucapionem, licet venditio nulla esset* (3). La conciliazione adunque, secondo il Voet, sta in ciò: che quando si tratta della cosa propria del pupillo, alienata senza il concorso del tutore, l'usucapione non corre; mentre quando si tratta invece della cosa altrui l'usucapione corre benissimo.

Ma quale la ragione di adottare un principio diverso, secondochè sia o no del pupillo la cosa alienata, se è sempre il pupillo che compie l'alienazione? La ragione è sempre unica: quella cioè che nella materia del possesso e della prescrizione sono le regole di equità che predominano; il fatto tiene il luogo del dritto. Ma un'altra ragione di grande rilievo non debbe passare inosservata. L'estrema larghezza, che il dritto romano adopera nell'un caso, a noi pare ed è la logica conseguenza dell'estremo rigore che adopera nel-

(1) *Leg.* 9, *Cod.* « De usucap. pro empt. », VII, 26.
(2) Fr. 2, § 15, *Dig.*, « Pro empt. », XLI, 4.
(3) Op. cit., lib. XLI, tit. III, n. 13.

l'altro. La vendita consentita dal minore, difatti, secondo il dritto romano, è assolutamente nulla, non potendo egli mediante la tradizione trasferire la proprietà. Come si vede, cotesto principio è assai severo; chè, se è giusto da una parte accordare un certo termine perchè possano venire riparati taluni atti compiuti inconsultamente dall'incapace; non è meno giusto, dall'altra, che siano oltre quel dato termine rispettati i fatti compiuti, non dovendo restare lungamente incerti i dritti e gl'interessi dei cittadini. Questa necessità è troppo imperiosa perchè non venga fortemente sentita. Si era data dai Romani molta parte al rigore del dritto, bisognava mitigarla; ma quanto ai rapporti civili ordinarî ciò non poteva avvenire dovendo rispettarsi la tradizione: si venne dunque a un compromesso. Si ammise perciò che l'alienazione fatta dal minore della cosa propria, senza l'intervento del tutore, fosse da riguardarsi assolutamente nulla; ma si ammise altresì che il minore avesse sempre l'obbligo di restituire tutto ciò di cui si fosse arricchito, non dovendo favorirsi i colpevoli guadagni: *Si locupletior emptoris pecunia factus, post pubertatem occasionem juris ad iniquum trahat compendium, doli mali submovetur exceptione* (1). Era questo il modo per temperare la severità del dritto decemvirale, conciliandone i dettati colle mutate esigenze dei tempi. Riguardo però all'alienazione della cosa altrui fatta dal minore, trattandosi di un rapporto giuridico novello, si fece ampia applicazione del principio di equità. Così a fianco di un'affermazione assoluta si pose una negazione del pari assoluta, ma questa è il risultato e la conseguenza di quella: non si volle sacrificare la buona fede del possessore e si sacrificò il dritto del proprietario.

127. — Nel dritto moderno, all'opposto, il contratto concluso coll'incapace non è nullo di pieno dritto, ma è solo soggetto ad essere annullato; e questo vizio è tale che può sanarsi col decorrimento di cinque anni dal dì dell'acqui-

(1) *Leg.* 9, *Cod.* « De usucap. pro empt. », VII, 26.

stata capacità (art. 1300). Per la qual cosa non vediamo ragione perchè debba crearsi un privilegio a pro del possessore, quando può correggersi benissimo entro un breve spazio di tempo il vizio che offende il suo titolo; e quando d'altra parte egli ha sempre il torto di non essersi informato della capacità della persona colla quale ha contratto. Ben è vero che l'azione di nullità è semplicemente relativa all'incapace ed ai suoi eredi; ma anche l'azione derivante dal dolo e dalla violenza non riflette che solo l'interesse personale della parte offesa: eppure si accorda al proprietario di poterne trar profitto. Cosa osta dunque a che il proprietario si valga del medesimo vizio che rende annullabile il contratto nel rapporto coll'incapace che l'ha consentito, nel fine di far salvi i suoi dritti? — E poi, la legge in materia di capacità si mostra così rigorosa, da non assolvere dall'obbligo di conoscere bene la condizione di colui col quale si contrae, neanche laddove questi alleghi la sua maggiore età mentre nel fatto non è che un minore (art. 1305 capov.). Unica eccezione vi è nel caso che il minore con raggiri o mezzi dolosi abbia occultato di esser tale (art. 1305); allora però non è più quistione di capacità, ma di dolo, del quale i minori non sono meno risponsabili dei maggiori quando si prova di averlo adoperato. Siffatta eccezione, come vale per qualunque altro contraente, può valere anche pel possessore; ed il suo titolo di acquisto in tal caso, non essendo soggetto a venir impugnato da parte del minore, debb'essere rispettato da parte del proprietario, poichè, se non ha conosciuta l'incapacità del suo autore, non è sua la colpa.

Riassumendo, adunque, non possiamo accettare la dottrina del dritto romano: sì perchè in esso si fa menzione espressa della medesima, mentre nel Codice italiano nulla accenna che voglia derogarsi al precetto assoluto, che nessuno debbe ignorare la condizione della persona colla quale contrae; sì perchè ivi la si mostra qual conseguenza necessaria di un principio che non è più nel dritto moderno, e segnatamente nel Codice italiano. Nè vale il dire, che il

vizio derivante dall' incapacità dell' alienante è da noverarsi tra quelli di forma, i quali, dalle disposizioni combinate degli articoli 701 e 2137, risulta che sono condonati dalla legge al possessore di buona fede. Chi così pensasse non si apporrebbe al vero: sia perchè l' inadempimento di quelle formalità che la legge condona non può, per la maggior parte dei casi, ascriversi a colpa del possessore, nè è tale da conoscersi facilmente (1); sia perchè le formalità, se così vogliono chiamarsi, poste e guarentigia degl' incapaci, non riguardano le accidentalità e la forma esteriore del contratto, ma si rivolgono in elementi integranti del consenso, il quale non può mostrarsi compiuto se non è accompagnato da tali condizioni. Trasmetta la cosa propria o l' altrui è sempre l' incapace che trasmette: sarebbe dunque illogico, se non vuol dirsi a dirittura iniquo, che nell' un caso, quando cioè si trova impegnato l' interesse del terzo, potesse l'atto della sua volontà divenir produttivo di effetti giuridici maggiori di quando si tratta solo del suo esclusivo interesse. E il proprietario dovrebbe soffrire irreparabilmente un danno che la persona dell' incapace ha il dritto di emendare, senza che possa, come negli altri casi, valersi per conto proprio di quel medesimo dritto per costringere il possessore alla restituzione dei frutti! Bisogna quindi rientrare nel dominio della regola se è evidente che la parola e lo spirito della legge, non pure non ci fanno obbligo, ma vietano recisamente che si dia luogo all' eccezione. Conosca o no il possessore la incapacità della persona che trasmette, vale sempre lo stesso: doveva conoscerla: *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (2). *Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit. At qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit* (3). Concludiamo

(1) Vedi parte prima, capitolo V, nn. 101 e 102.
(2) Fr. 19 pr., « *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.
(3) Fr. 27, *Dig.*, « De contrah. empt. », XVIII, 1.

infine col dire che ad una doppia accusa non può sottrarsi la dottrina comune: quella di scemare il prestigio e l'importanza dell'istituto relativo alle condizioni richieste per integrare la capacità civile delle persone, facendolo prestare ad eccezioni illogiche ed odiose; e l'altra di voler costituire apposta un privilegio appunto per colui che ha sempre il torto di non aver acquistato dal vero proprietario, quasi per complimentarlo della sua negligenza e della sua colpa, munendolo di un *jus singulare,* se non *sceleri, culpae datum.*

CAPITOLO II.

PRINCIPIO E FINE DELLA BUONA FEDE

128. — La prima parte dell'articolo 702 dispone: *La buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne la prova.* Questa disposizione, riguardo alla materia della percezione dei frutti, è nuova nel Codice italiano; poichè nel Codice napoleonico si trova collocata dove si parla della prescrizione della proprietà con dieci o venti anni (art. 2268, Cod. napol.), nè può in esso, trattandosi di una presunzione legale, estendersi da un caso all'altro. Ond'è che ivi spetta sempre al possessore l'obbligo di provare la sua buona fede contro il proprietario che rivendica, perchè abbia dritto all'acquisto dei frutti (1). Ma è giusta e logica questa presunzione di buona fede che il legislatore italiano eleva a pro del possessore?

Sembra a prima giunta ch'essa contraddica alle regole comunemente ricevute intorno alle prove. Imperciocchè, quando taluno rivendica, non è tenuto ad altro che a dimostrare il suo dritto di proprietà sulla cosa che il terzo possiede: *Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit*

(1) LAURENT, vol. VI, pag. 225.

possessor restituere, *qui non objecit aliquam exceptionem* (1). Il possessore non può sfuggire all'obbligo di restituire a un punto la cosa e i frutti percepiti che costituiscono un'accessione della medesima: *non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam* (2); dov'egli non provi di averli legittimamente acquistati in conseguenza della sua buona fede. Spetta a lui dunque, divenendo egli l'attore, il debito di far la prova della buona fede. Non sarebbe però nel vero chi così avvisasse.

La buona fede del possessore consiste nell'intimo e profondo convincimento di reputarsi vero e legittimo proprietario di una cosa, mentre nel fatto non lo è. Sarebbe quindi mestieri d'imprendere un esame rigoroso di coscienza, nel fine di mettersi in chiaro la sua buona fede, esame in cui l'arbitrio si mostrerebbe compagno delle difficoltà. Ma la legge non può, senza smentire il suo proprio ufficio, entrare nel campo chiuso della coscienza, interrogarne i riposti motivi, scrutarne gli occulti intendimenti: onde la necessità di subordinare cotali indagini alla condizione di certi fatti e di certe circostanze esteriori, le quali si porgano, in modo inconcusso, come causa generatrice e prova legale al tempo stesso dello stato interno dell'animo. A questo duplice còmpito soddisfa pienamente il titolo traslativo, che la legge richiede qual condizione indispensabile all'esistenza della buona fede. Dato da una parte il titolo traslativo di dominio, e accertato dall'altra il fatto innegabile del possesso in conformità di siffatto titolo; sorge legittima e inesorabile la conseguenza che l'uno sia l'effetto e il risultato immediato dell'altro. Non basta quindi che la persona del rivendicante provi solamente il suo dritto di proprietà sulla cosa, perchè abbia la giusta facoltà di pretendere la restituzione dei frutti che si sono raccolti. Un altro fatto gli sta dinanzi che è mestieri venga distrutto con

(1) Fr. 9, *Dig.*, « De rei vindic. », VI, 1.
(2) Fr. 17, § 1, *Dig.*, « De rei vindic. », VI, 1.

antecedenza: il possesso legittimo originato da un titolo regolare di trasferimento; titolo che, mostrandosi come la causa unica generatrice del possesso, racchiude in sè la prova legale della buona fede, la quale bisogna che sia prima annullata mediante la prova contraria, perchè cessi dall'esercitare la sua efficacia come espressione e prova di una condotta inappuntabile e di un convincimento profondo.

Un'altra ragione di non picciol rilievo si aggiunge ancora, per giustificare la presunzione di buona fede che la legge eleva a pro del possessore. È principio fondamentale in materia di prova ch'essa debba avere per oggetto un fatto positivo: i fatti negativi, dando luogo ad una molteplicità d'ipotesi innumerevoli, non possono provarsi. Provare una cosa vale determinarne l'esistenza e il valore: chi nega esclude l'una e l'altro. Il giudizio in tal caso non si restringe intorno ad un obbietto determinato per cercare e definire gli elementi che, costituendone la natura, sono cause efficienti dell'essere e delle sue manifestazioni; ma vaga in vece in cerca di elementi che son fuori dell'essere, i quali, anche accertati, non escludono assolutamente la esistenza e l'attività dell'essere; poichè, constatando ciò che non è, non viene ad annullarsi quello che già è. Onde la ragione suprema di quel noto adagio in ordine alle prove: *affirmanti et non neganti incumbit onus probandi.* In esso si compendia la difficoltà e la inefficacia della prova negativa. Se l'obbligo di dar la prova della buona fede fosse nel possessore, essa verrebbe a risolversi nel dimostrare la ignoranza del vero proprietario; la qual dimostrazione, oltrechè difficile in sè, quand' anche fosse largamente fatta, non porterebbe come conseguenza logica ad assicurare in modo certo ed evidente la buona fede del possessore; poichè, escluse le ipotesi induttive di malafede che si sono rassegnate al cospetto del magistrato, può restarne ancora qualche altra, che precisamente è quella la quale può aver generata nel possessore la conoscenza del proprietario effettivo. Ed allora difficile a un tempo e vana riuscirebbe siffatta prova. Da ciò la necessità

di mettere a carico di colui che rivendica il debito di provare la mala fede del possessore: sì perchè gli sta di fronte un fatto importantissimo di cui bisogna negare l'efficacia: il fatto del possesso occasionato dal giusto titolo, il quale bisogna considerarlo come la vera ed unica causa giustificatrice del possesso e la prova della sua legittimità, sinchè non venga mostrato il contrario; sì ancora perchè la prova del proprietario avrà per oggetto un fatto determinato e positivo: quello di costatare la conoscenza che il possessore ha potuto avere del suo dritto sulla cosa per lo che essa sarà agevole e concludente.

129.— Ma quali sono i mezzi di prova cui il proprietario deve ricorrere per mostrare la mala fede del possessore? La legge adopera nell'articolo 702 l'espressione assoluta: *Chi allega la mala fede deve darne la prova.* Da ciò si è tratto argomento per insegnare che, non essendovi restrizione alcuna nella legge, debb'essere ammesso qualunque mezzo di prova: è questa la dottrina comunemente professata (1), alla quale ci sottoscriviamo interamente. Il legislatore, difatti, si mostra assai rigido nell'esigere mezzi determinati di prova, solo quando si tratta di un vincolo di obbligazione derivante dalla volontà libera e concordata delle parti; nel qual caso colui, a pro del quale si costituisce l'obbligazione, è sempre in grado di assicurarsi nel modo più ampio quella data prova specifica che serve a costatarne legalmente la esistenza (art. 1341). Ma è d'uopo si declini da siffatto rigore, quando l'obbligazione è la conseguenza di un fatto cui è estranea la nostra volontà; poichè allora non è possibile circondarla di tutte le guarentigie che valgono ad assicurarne la certezza e l'adempimento. La legge in tal caso permette che possa farsi uso di qualunque mezzo di prova, sia per iscritto sia per testimoni (art. 1348). Ora, poichè nel possesso avviene, che si mette in essere un rapporto giuridico, senza l'intervento

(1) TROPLONG, *Prescriz.*, n. 929; AUBRY, e RAU, vol. I, § 217; DURANTON, vol. XI, n. 390; LAURENT, vol. XXXII, n. 414.

e ad insaputa del proprietario, rapporto che offende direttamente i suoi dritti e i suoi interessi; è giusto che gli venga accordata la facoltà di potersi sottrarre in tutti i modi alle insidie ordite a suo danno. Egli non è in grado di premunirsi contro l'usurpazione premeditata della sua proprietà: accorre quando l'usurpazione già è consumata, nè gli resta che scoprire i malvagi intendimenti, smascherare gli occulti disegni di un'opera apertamente lesiva de' suoi dritti, seguendo le vie coperte e le curve indefinite in cui suole aggirarsi la colpa, impegnata sempre a tenersi celata all'occhio vigile di colui che ha l'interesse e il dritto di prevenirla. È perciò che la legge non pone restrizione di sorta al proprietario nella prova ch'egli è tenuto a dare. « La preuve par témoins est admise toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale; or la nature même de la mauvaise fois rend la preuve par écrit impossible, car celui qui veut tromper se gard bien de constater son dol dans un acte » (1).

130. — Dato il titolo traslativo, la buona fede si presume; ma tale presunzione, essendo *juris tantum*, può essere distrutta dalla prova contraria che fa il proprietario: onde la necessità nel possessore, acciò possa aspirare ad effetti positivi e durevoli, che all'apparenza corrisponda la realità, ch'egli, in una parola, sia veramente di buona fede. Il titolo di trasferimento suol esser pegno e guarentigia di una coscienza incontaminata: esso però, se da una parte è causa generatrice per produrre nel possessore la giusta convinzione di ritenersi proprietario, non è dall'altra che l'effetto generato di una causa antecedente: l'idea cioè di reputare vero proprietario od autorizzato regolarmente, colui che trasmette il dominio della cosa. Per lo che avviene spesso che, malgrado l'osservanza delle forme, si violi nel fatto la sostanza dei precetti della legge; e il titolo serva di lustra e venga invocato come bandiera neutrale per coprire merci

(1) LAURENT, vol. XXXII, n. 414.

di contrabbando: si rispetta in tal caso la bandiera ma si confisca la merce. La buona fede, però, perchè abbia un valore veramente legale e divenga produttiva di effetti giuridici, è mestieri metta radice in un giusto titolo di trasferimento: il semplice convincimento personale, per quanto radicato e profondo, non vale, quand'esso non si colleghi a quelle cause cui la legge riconosce la virtù di trasmettere validamente il dominio delle cose. Da ciò il concetto della buona fede legale, la quale non annulla, nè nega la buona fede naturale, ma la rende più certa, più definita e più seria nella sua origine e nelle sue manifestazioni. « Nous disons la bonne foi légale car la loi la définit: il faut donc laisser de coté la notion ordinaire de la bonne foi, qui pourrait varier beaucoup d'après les sentiments, les idées, pour s'en tenir à la définition du code » (1).

La buona fede adunque, qual'è richiesta dalla legge, è la risultante di due elementi: l'uno di fatto consistente nella ignoranza del vero proprietario; l'altro di dritto, il quale può riassumersi nell'adempimento di tutte le condizioni necessarie per trasferirsi regolarmente la proprietà. Se ad ogni effetto dee precedere la sua causa, si porge evidente l'idea che entrambi questi elementi debbono concorrere necessariamente ed unicamente per determinare la coscienza del possessore. Il serio ed effettivo convincimento di reputarsi proprietario non è possibile in lui, quand'esso non sia l'espressione di quel doppio fattore. Onde la conseguenza inevitabile che la buona fede sussista nel momento dell'acquisto, perchè solo allora la coscienza del possessore viene a determinarsi. Le leggi dello spirito, sebbene di natura diversa, ubbidiscono sempre alle medesime necessità ed ai medesimi principî che quelle della materia. L'indole e i caratteri della forza bisogna coglierli e qualificarli nell'istante in cui essa si svolge: solo allora può scorgersi il vincolo immediato tra la causa generatrice e l'effetto generato; chè

(1) LAURENT, vol. VI, n. 208.

dopo quel tempo, l'effetto presentandosi separato dalla sua causa, vive e si evolve da sè, nè ci dà più il modo di conoscere il vero principio onde è emanato. Allorquando il possessore acquista, avviene difatti che quell'atto si compie in conseguenza dell' erroneo giudizio in cui si trova sulla persona del vero proprietario. E in tal caso, concorrendo il doppio elemento di ritenere quegli che trasmette come colui che ne ha veramente il dritto, e trasferendosi questo dritto nei modi determinati dalla legge, l' effetto che ne deriva di necessità è il saldo e profondo convincimento nel possessore di reputarsi vero proprietario della cosa, e quindi la sua buona fede. Ma se, al contrario, malgrado egli conosca di non poter acquistare per la mancanza di dominio in colui che trasmette, vuol premunirsi, ciò non ostante, di un titolo di traslazione; egli, in tal caso, è un usurpatore e quindi a dirittura di mala fede. Poichè adunque lo stato dell'animo del possessore si determina nel momento dell' acquisto, bisogna, per venire ad un giusto apprezzamento, guardare allora se tra il titolo di traslazione e la sua coscienza vi sia vincolo di causalità, o, invece, si sia formato quello per palliare questa. Tale principio, come quello che deriva dai rapporti reali e necessarî di natura, vien riconosciuto universalmente dagli scrittori e dalle legislazioni, qualunque sia il sistema al quale si attengano; poichè appare del tutto impossibile che sussista in sèguito ciò che già non è sussistito in origine: la buona fede di poi è la continuazione della buona fede di prima, e questa non può logicamente concepirsi senza che sia la immediata emanazione del titolo di trasferimento e della salda persuasione ch'esso tragga origine dal vero proprietario. Il Codice italiano consacra formalmente siffatto principio nel capoverso dell' articolo 702: *Basta che la buona fede vi sia stata al tempo dell'acquisto.* Esaminiamo un poco questa disposizione nei rapporti diversi cui può dar luogo.

131. — Se la coscienza del possessore trovasi nel momento dell' acquisto macchiata di mala fede, egli non può

collo scorrere del tempo divenire di buona fede; chè il tempo non vale, nel suo giro vorticoso, a sperdere e cancellare nell'animo le tracce di una colpevole usurpazione. E, stando ai principî generali, per quella legge di continuità che lega la persona dell'erede a quella del defunto, mal potrebbe avvenire che la buona fede del primo valga a correggere e sanare la mala fede del secondo; poichè, confondendosi giuridicamente le loro persone, debbe di necessità l'erede raccogliere il bene e il male, i dritti e le obbligazioni, ed anco la coscienza del suo autore. Ciò non ostante però, è dottrina assai diffusa che debba nel caso della percezione dei frutti declinarsi dal rigore di tale principio; onde troviamo che la coscienza dell'erede viene a guardarsi separatamente da quella del defunto. Se l'erede, difatti, entrando nel possesso del patrimonio ereditario, reputa in buona fede appartenere al defunto il dominio di certi beni, che questi possedeva nella chiara coscienza di esserne altri il proprietario si ritiene comunemente che, sebbene la sua buona fede non esima l'erede dall'obbligo di restituire i frutti raccolti in mala fede dal suo autore, servirà tuttavia a procacciargli il dritto di far sua, senza obbligo di restituzione, quella parte di frutti ch'egli in buona fede avrà raccolti da sè. Questa dottrina è del Voet, ed esercita un grande predominio nell'opinione universale: *Sed* - egli scrive - *et si defunctum mala, heredem bona fide rem possedisse, indeque fructus percepisse concipias; a defuncto quidem perceptos heres omnino restituere compellitur, quia nunquam defuncti fuerunt; a se ipso autem perceptos ac consumptos haud restituit, quia licet mala fides defuncti obsit heredi, ne is, ut cumque in bona fide, incohet usucapionem rei, per defunctum malae fidei possessae; tamen id ad fructus transferendum non est, quorum intuitu non initium, sed singula momenta spectantur* (1).

Cotesto insegnamento mette sempre capo al medesimo

(1) *Pandect*, lib. XLI, tit. I, n. 31.

principio: quello cioè di considerare esclusivamente la buona fede come circostanza di fatto, senza punto incaricarsi se in essa concorrano pienamente tutte le condizioni di dritto necessarie perchè si ponga in essere un dato rapporto giuridico. La teoria del Voet ha ricevuta larghissima accoglienza in Francia, dove passò inalterato, quanto alla percezione dei frutti, il sistema di fatto del dritto romano. Perchè confermi questa idea ci basta l'autorità del Laurent, che si mostra il più rigido tra gli scrittori francesi. « Quand il s'agit de l'acquisition des fruits on considère chaque perception, c'est donc au moment de la perception que le possesseur doit être de bonne foi; si l'héritier connait le vice de son titre, il n'acquerra pas les fruits, mais aussi, s'il l'ignore, il doit les acquerir » (1). Tale del resto è la dottrina universalmente accettata dagli scrittori e dalla giurisprudenza francese (2), dottrina alla quale fa pienissima adesione il Pacifici-Mazzoni. « In ogni caso », egli scrive, « la buona fede dev'essere considerata esclusivamente in relazione a colui che pretende di aver fatto suoi i frutti; perciò non gli nuoce la mala fede del suo autore, quantunque gli sia succeduto a titolo universale » (3).

132. — A noi sembra invece che tale dottrina non debba meritare accoglienza sotto l'impero del Codice italiano. Essa è la più logica e la più acconcia nel dritto romano e nel Codice francese; poichè, tenendosi conto in essi della sola coscienza del possessore nei singoli momenti della percezione, basta il semplice fatto della buona fede nella persona dell'erede, acciò egli abbia dritto a far suoi quei frutti che il suo autore, a causa della mala fede, non avrebbe mai potuto acquistare. « Ed ecco perchè, qui considerasi il fatto,

(1) Vol. VI, n. 221.

(2) DURANTON, vol. II, n. 357; MARCADÉ, vol. II, art. 550; MOURLON, vol. I, pag. 706; AUBRY e RAU, vol. I, § 201; DEMOLOMBE, vol. V, pagine 613-614; DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », n. 342.

(3) *Instit.*, lib. III, § 188.

il fatto attuale, il fatto individuale di ciascuno. L'erede di mala fede del possessore di buona fede non guadagnerebbe certamente i frutti. Ma, per la stessa ragione in senso inverso, l'erede di buona fede del possessore di mala fede deve certamente guadagnarli » (1). Ma il legislatore italiano ha fatto cessare lo strano dissidio tra i principî che governano la materia della prescrizione e quella della percezione dei frutti, fondendoli in unico concetto. — Basterebbe questa sola considerazione per doversi respingere l'opinione che il Pacifici Mazzoni, facendosi forte della dottrina francese, vuol propugnare in Italia; ma un duplice argomento testuale troviamo ancora nella legge. Quando il capoverso dell'articolo 702 ci dice: *Basta che la buona fede vi sia stata al tempo dell' acquisto;* ci dice altresì che solo allora è mestieri essa sussista. È nel momento dell'acquisto, adunque, che debbe decidersi se il possessore sia di buona o di cattiva fede; ed il momento dell' acquisto non è quello in cui l'erede comincia a possedere; ma quello bensì in cui il defunto entra nel possesso della cosa altrui. Se non è bastevole il famoso adagio: *le mort saisit le vif*, vi ha nel titolo stesso del possesso l'articolo 693, dal quale risulta che quello dell'erede non è un nuovo possesso, ma la continuazione invece di quello del defunto: *Il possesso continua di dritto nella persona del successore a titolo universale* (art. 693). Questa disposizione nel Codice napoleonico sta nel titolo della prescrizione (art. 2235 Cod. nap.), sol per la quale si applicano le regole di dritto; come pure nell' istesso titolo sta l'altra disposizione, che basta cioè la buona fede vi sia stata al tempo dell' acquisto (art. 2269 Cod. nap.). Di fronte al significato esplicito e preciso di queste due disposizioni che, collocate in diverso punto, valgono a scolpire così bene il tratto dei due sistemi seguiti nel Codice napoleonico e nell'italiano, noi non sappiamo spiegarci come mai il Pacifici-Mazzoni possa avere l'ingenua pretensione di ricacciarci alla

(1) DEMOLOMBE, vol. V, pag. 613.

dottrina francese. E poi, se abbiamo bisogno del suggello di un'autorità eminente per confortare la nostra opinione, valga per tutti l'insegnamento di Pothier: « L'erede, o altro successore universale del possessore di mala fede, ancorchè avesse creduto di buona fede che la cosa gli appartenesse, è tenuto a render conto di tutti i frutti percepiti dopo l'indebito possesso del defunto cui è succeduto, come ne sarebbe tenuto lo stesso defunto se ancora vivesse; perciocchè nella sua qualità di erede egli è succeduto in tutte queste obbligazioni, e il suo possesso non è che una continuazione di quello del defunto, e ne ha tutti i vizi » (1).

133. — Il dritto che la legge consente al possessore di acquistare i frutti della cosa altrui che, stando ai principî generali, apparterrebbero al proprietario, è un favore grandissimo concesso alla buona fede. Se la buona fede è la sola causa generatrice di siffatto dritto, essa dovrebbe, per necessità di cose, esserne a un tempo il limite insormontabile. Dal momento che il possessore, originariamente di buona fede, viene a conoscere i vizi che offendono il suo titolo; egli non può più conservare nell'animo la retta e sincera convinzione di ritenersi vero proprietario, e con essa il dritto di acquistare i frutti della cosa che sa di non esser sua. Cessando adunque la causa debbe, per logica conseguenza, cessare anche l'effetto. È questa la dottrina del dritto romano. — Scrive in proposito Ulpiano: *Quaestio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta? et magis est ut singula momenta spectemus* (2). Ed ancora più esplicitamente sentenzia il giureconsulto Paolo: *Quaeritur si eo tempore quo mihi res traditur putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam? Pomponius, verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat: hoc enim ad jus, id est capionem; illud ad factum per-*

(1) POTHIER, *Dominio e proprietà*, n. 336.
(2) Fr. 23, § 1, *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.

tinere, ut (si) quis bona aut mala fide possideat (1). Queste ultime parole del giureconsulto segnano scolpitamente il principio, cui il dritto romano informò la materia della percezione dei frutti: l'*immanenza della buona fede* che, essendo l'unica condizione essenziale di siffatto istituto, debbe serbarsi sempre inalterata nell'animo del possessore, perchè possa aspirare legittimamente all'acquisto dei frutti. La buona fede del possessore è un fatto il quale, secondochè esista o no e nei limiti della sua durata, serve a produrre questo determinato effetto giuridico.

Nella *longi temporis praescriptio* si ubbidisce invece al principio opposto. Istituzione antichissima, che trae origine e valore dalle Dodici Tavole, dove, pigliando il nome di *usus auctoritas,* era destinata a trasformare la proprietà bonitaria di una *res mancipi,* acquistata colla semplice *traditio* e senza le forme della *mancipatio,* in proprietà *ex jure Quiritium;* adoperata in prosieguo di tempo a compiere la traslazione della proprietà che, per mancanza di dominio nel trasferente, non era potuta avvenire nell'acquirente; si risente essa del rigore giuridico primitivo. Accertata nel principio dell'acquisto, la buona fede del possessore non è d'uopo continui nel fatto per tutto il tempo necessario a prescrivere: la legge non guarda oltre, sinchè il proprietario non abbia promossa la *rei vindicatio* per costituirlo di mala fede. Tale è le sentenza concorde dei giureconsulti: *Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exiginus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium* (2). Siffatto principio si trova consacrato, in termini assai precisi, nelle *Istituzioni: Diutina possessio quae prodesse caeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum esse: quod si ille initium*

(1) Fr. 48, § 1, *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.
(2) Fr. 10 pr., *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.

justum non habuit: heredi et bonorum possessori licet ignoranti, possessio non prodest (1). — È d'uopo, però, nell'interesse storico degli istituti giuridici, ricordare come nel dritto antigiustinianeo, quando trattavasi della usucapione delle cose mobili, il possesso dell'autore di buona fede veniva interrotto dalla mala fede del successore universale; ed era solo nella usucapione delle cose immobili che il possesso di buona fede del defunto continuava ad esser tale, malgrado la mala fede dell'erede. Giustiniano soppresse con costituzione apposita questa differenza anomala, che solo il poco pregio, in cui si tenevano abitualmente i beni mobili, avea potuto consigliare. Onde troviamo che, nella legislazione giustinianea, tanto pei mobili, quanto per gl'immobili la mala fede dell'erede non altera punto il possesso relativo alla usucapione, cominciato in origine di buona fede dall'estinto (2).

Gli antichi interpetri si attennero pienamente alla dottrina del dritto romano: era mestieri, quindi, si avesse un doppio concetto intorno alla buona fede, secondochè serviva essa all'effetto di acquistare i frutti o di prescrivere la proprietà. *Neque sufficit possessorem rem ab initio bona fide accepisse, si postea cognoverit rem alienam esse; nam ex eo tempore, ut bonae fidei possessor esse desinit, ita quoque denegatur fructuum acquisitio, licet usucapio ipsius rei adhuc procedat, quippe in usucapione tantum una acquisitio est, et ideo in ea sufficit vel initium possessionis justum esse; in fructibus autem acquirendis, ut multae sunt acquisitiones, ita et in singulis bona fides spectanda, nec unum initium ut in usucapione, sed singula momenta spectanda* (3). — *Quod si possessor rei, pro tempore in bona, pro tempore in mala fide fuerit, tamdiu fructus sibi acquirit, quamdiu in bona fide est; caeterum si caeperit scire, non amplius fructuum dominus efficitur,*

(1) § 12, *Instit.*, « De usucap. », lib. II, § 6.
(2) *Cod.* « De usucap., transform. », VII, 3[illegible]
(3) VINNIO, loc. cit., n. 5.

etiam perseveret per longum tempus capio; eo quod in usucapione initium solummodo consideratur, an tunc bona fides adfuerit; in fructibus vero non initium possessionis, sed singula momenta perceptionis, fructuum spectanda sunt (1).

Il dritto canonico, però, attingendo i suoi precetti alla morale, fu molto rigoroso nell'esigere la continuazione della buona fede in tutto il tempo necessario a prescrivere: *oportet ut qui praescribit in nulla temporis parte rei non habeat conscientiam alienae* (2). Così troviamo in esso informato ad unico principio il concetto della buona fede, qualunque fosse l'effetto che doveva produrre. Ma, se la logica veniva a vantaggiarsi di tale uniformità nell'applicazione del medesimo concetto, si apriva d'altra parte l'adito ai casi di coscienza ed alle indagini arbitrarie del magistrato.

134. — Nella compilazione del Codice napoleonico due opposti principî si contendevano il campo della legislazione: quello del dritto canonico incarnato nelle antiche consuetudini francesi e quello del dritto romano di cui era l'organo autorevole il Pothier. I fautori della prima opinione presentarono la formola: « la buona fede deve durare per tutto il corso di tale prescrizione »; ma il legislatore francese, plaudendo ai principî del dritto moderno sostenuti dal Portalis, fece ritorno al dritto romano. Accettandosi il principio, si accettarono pure le conseguenze: onde vediamo riprodursi nel Codice napoleonico l'antica distinzione del dritto romano, intorno alla durata della buona fede nel possesso relativo alla percezione dei frutti ed in quello relativo alla prescrizione. Il fatto del legislatore francese può parer poco, ma in realtà fu molto, poichè rappresenta l'emanciparsi della legislazione dall'impero della morale, che è la base del dritto moderno; e se troviamo ancora più decisa, per la cresciuta severità legale nella materia della prescrizione, la

(1) VOET, *Pandect.*, lib. XLI, tit. I, n. 31.
(2) *Decret. Gregor.* « De praescript. », lib. II, tit. 26, cap. 20.

contraddizione tra questo istituto e quello della percezione dei frutti; ciò dimostra che le grandi riforme hanno bisogno del tempo per maturarsi. Diverso adunque è il principio che troviamo consacrato dal Codice francese nell' uno e nell' altro caso. Per lo che nel capoverso dell' articolo 550, dove si tratta della percezione dei frutti, si dice che il possessore « cesse d' être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus »; mentre nel titolo della prescrizione troviamo invece dall' articolo 2269 formalmente disposto: « Il suffit que la bonne foi ait existée au moment de l' acquisition ».

L' opera del Codice francese è fatta segno ad opposti apprezzamenti da parte de' suoi stessi interpetri; i quali, accordandosi tutti nel riconoscere la contraddizione nei principî adottati, escono poi in diversa sentenza nel giudicarne il valore. « Questa differenza », scrive il Mourlon, « tra l' acquisto dei frutti e la prescrizione per l' elasso di dieci a venti anni, non è così ragionevole come sembra esserlo. Siccome i frutti si acquistano successivamente mediante fatti di percezione separati ed indipendenti gli uni dagli altri; così la buona fede, non si è mancato di dire, fa di mestieri ch' esista nel momento della percezione, e per ogni percezione in particolare. L' acquisto della proprietà non avendo, all' opposto, che una causa unica, la prescrizione, è sufficiente che questa causa sia stata legittima nel suo principio per produrre l' effetto che la legge vi annette. Ma, puossi rispondere, l' acquisto della proprietà per la prescrizione di dieci o venti anni, ha per base, non il fatto semplice del possesso, ma il possesso continuato durante il termine stabilito per la prescrizione. Or, se la causa dell' acquisto della proprietà è successiva, perchè la legge non esige che sia legittima in ogni momento? » E dopo aver esposte le ragioni che, secondo lui, giustificano la regola che la buona fede basta vi sia stata in principio, conclude: « Or, se questa debolezza di un possessore che, dopo avere scoverto il suo errore, non restituisce l' immobile di cui fino allora si credette il legittimo proprietario, è scusabile relativamente alla prescrizione, a

maggior ragione dovrebbe esserlo quanto all' acquisto dei frutti! Come comprendere, infatti, che colui, che la legge protegge al segno di permettergli l' acquisto della cosa principale, venga in seguito trattato così severamente, da non poter egli acquistare gli accessori che ne ricava? » (1). — Del tutto diverso è il linguaggio tenuto dal Laurent. « Le possesseur doit être de bonne foi au moment où il acquiert les fruits, c'est à dire au moment de la perception ou de la séparation. Cette condition résulte du principe même sur le quel repose l' acquisition des fruits au profit du possesseur de bonne foi, qui constitue son titre; il faut donc qu'il soit de bonne foi lors de chaque perception. L'article 550 consacre le principe: « il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ». Il en est autrement en matière d'usucapion, il suffit que la bonne foi existe au moment de l'acquisition. A notre avis le principe de droit canonique que le code suit pour l' acquisition des fruits, est le vrai principe. Pour le moment nous nous bornons à constater la conséquence passablement absurde qui découle des articles 550 et 2269, c'est qu'un seul et même possesseur sera tout ensemble de bonne foi et de mauvaise foi, si pendant le cours de sa possession il apprend les vices de son titre; il n'acquerra plus les fruits comme possesseur de mauvaise foi, et il continuera à prescrire comme possesseur de bonne foi. On dira qu'il s'agit de la bonne foi légale; sans doute, mais de même qu'il n'y a qu'une bonne foi d'après la morale, il ne devrait-y avoir qu' une bonne foi d' après la loi » (2).

135. — Il Codice delle Due Sicilie, quanto alla percezione dei frutti, disponeva: « Cessa di essere possessore di buona fede dal momento in cui tali vizi sono a lui noti per la dimanda del proprietario anche in conciliazione » (articolo 475 capov., Cod. Due Sic.). Riguardo alla prescrizione

(1) MOURLON, vol. I, pag. 705, in nota.
(2) LAURENT, vol. VI, n. 220.

invece stabiliva: « Basta che la buona fede siavi stata nel tempo dell'acquisto, perchè si presuma continuata in tutto il tempo richiesto a prescrivere. La mala fede sopravvenuta nuoce, ma non potrà essere ammessa a dimostrarla altra prova, se non quella che risulta da scrittura » (articolo 2175, Cod. Due Sic.). Basta leggere le disposizioni di questi due articoli per accorgersi facilmente come il Codice napoletano abbia voluto tentare di ricondurre ad unico principio il concetto della buona fede; ma nel fatto non riesce che a produrre una strana confusione nelle idee tradizionali del dritto canonico e del dritto romano. Imperciocchè, mentre da una parte sembra di aver accettati i principî del dritto canonico dicendo che *la mala fede sopravvenuta nuoce*; subordina dall'altra parte la cessazione della buona fede a date condizioni legali, o come mezzo di prova od anche come causa determinatrice della medesima. E ciò si mostra tanto più ingiustificabile in quanto, quando si tratta della prescrizione, alla quale, secondo il dritto romano e la dottrina degli antichi interpetri, si applicano le norme rigorose di dritto, adotta il principio di fatto del dritto canonico: *mala fides superveniens nocet*, richiedendo solo la prova scritta per costatarne la cessazione; mentre al contrario, nella percezione dei frutti, materia puramente di fatto, pare voglia introdurre quel medesimo rigore legale che dal dritto romano e dal Codice napoleonico si adopera solo per la prescrizione, disponendo che la buona fede non possa cessare altrimenti che mediante la dimanda del proprietario.

Il Codice albertino si tiene sulle tracce del Codice napoletano, poichè dispone, che il possessore è tenuto a restituire i frutti percepiti dal giorno della dimanda giudiziale (art. 453, Cod. albert.); facendo così di questa la condizione e la prova a un punto perchè la buona fede cessi. Se non che, mancando in esso le disposizioni relative alla prescrizione di dieci anni, non può esservi luogo a contrasto di principî; onde tutto si riduce a sapere se tale novità segni o no un progresso sul dritto romano e sul Codice napoleonico.

136. — Il Codice italiano, ultimo venuto, facendo tesoro delle utili innovazioni introdotte dagli altri Codici, consacra unico principio nel titolo generale del possesso, il quale, per identità di ragioni, si applica pure alla prescrizione di dieci anni: *Basta che la buona fede vi sia stata al tempo dell' acquisto* (art. 702 capov.). E nell' articolo immediatamente consecutivo soggiunge: *Il possessore di buona fede fa suoi i frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli che gli siano pervenuti dopo la dimanda giudiziale* (articolo 703).

Chi ha seguita con attenzione questa rapida notizia storica avrà certamente avvertito come per una serie di concetti diversi siasi svolta la nozione della buona fede, alternando sempre tra l' elemento legale e l' elemento morale, a causa principalmente del doppio effetto giuridico che è destinata a produrre: l' acquisto dei frutti e la prescrizione della proprietà. In quest' ultimo effetto però, come quello che suol esprimere un mutamento più importante nel giro dei rapporti civili, vediamo meglio delinearsi l' opera innovatrice delle legislazioni. Se vuolsi avere compendiata in brevi tratti felicissimi tutta una evoluzione storica intorno al concetto della buona fede, bisogna cedere la parola ad un uomo gagliardo per ingegno e per dottrina, parola che in lui è fatta apposta per contemperare una grande concisione ad una grande chiarezza (1): « Il dritto romano si stava contento alla buona fede esistita nel principio, nulla potendo ostare la mala fede sopraggiunta: il dritto canonico volle la buona fede in tutto il corso del possesso bastevole a prescrivere: il dritto patrio napoletano riconobbe gli effetti della mala fede sopraggiunta, ma ne volle apertissima la prova: il Codice francese lasciò indeterminato il come provare il momento in che la buona fede era cessata: le nostre leggi civili vollero che la prova fosse nata da scrittura: il Codice italiano ha voluto un atto ».

(1) LUIGI LANDOLFI, decoro ed ornamento del foro napoletano, in un'Allegazione per la Cassazione del dì 11 aprile 1878.

Ma possiamo lodarci, come di una novità importante, di questo principio unico stabilito dal Codice italiano per la cessazione della buona fede? Non manca in Italia chi l'abbia sottoposto a censura: notiamo il De Filippis, il quale imprende in proposito un esame comparato del Codice francese e dell'italiano. Riguardo al primo scrive: « Un periodo di possesso si richiede per la percezione dei frutti, un periodo ancora si richiede per la prescrizione del dominio; che sia l'uno di un giorno e l'altro di dieci anni, è tutto indifferente; ma, ammessa la condizione della buona fede, questa deve egualmente rattrovarsi in tutta la durata dei due periodi differenti, non essendovi ragione sufficiente per richiedersi in un periodo soltanto al principio, e nell'altro in tutta la sua durata ». Relativamente al secondo indi soggiunge: « Agli stessi inconvenienti è andato incontro il Codice italiano, il quale nell'articolo 702 ha ritenuto il sistema francese. In onor del vero dobbiamo far avvertire che nel Codice italiano non si è verificata quella contraddizione che abbiamo osservato nell'esame delle due disposizioni contenute negli articoli 550 e 2269 del Codice francese. Sicchè pel Codice italiano resterebbe la censura quanto al principio ammesso, ma non quanto alla sua applicazione » (1).

In tanta molteplicità di opinioni, in materia così delicata ed importante, ci sia lecito di esprimere anche la nostra.

137. — Chi ben consideri la natura fondamentale delle istituzioni giuridiche si accorgerà, facilmente, come questa grande espressione della legge cosmica universale, del pari che ogni altra espressione della medesima, abbia una sfera di azione determinata dall'attitudine della sua natura e dal fine cui è indirizzata. Vi è rispondenza meravigliosa tra l'una e l'altro, poichè si tratta di un vincolo dialettico che lega mezzo a fine: è nella natura del mezzo il potere di raggiungere tutto e quel solo fine; è nella natura del fine che esso

(1) De Filippis, *Elementi di Dritto civile italiano comparato*, vol. II, nn. 92 e 93.

debba essere perfettamente raggiunto con tutto e quel solo mezzo. Se tale perfetta rispondenza non fosse, cesserebbe l'esplicarsi ordinato e l'armonia dell'universo. — La legge del dritto ha per obbietto l'attività esterna dell'uomo, in quanto è l'espressione di un essere intelligente e libero; per fine l'ordine e la sicurezza nello svolgersi incomposto e multiforme di tale attività: indirizzare questa a quello è il campo della sua azione, l'ufficio del suo organismo. La sua presenza spesso è invocata nel santuario della coscienza, ed essa vi accorre; ma non per questo la sua giurisdizione si confonde con quella della morale, usurpandone il luogo e l'autorità. Il dritto difatti non interroga le operazioni interne dell'animo che per cogliere il senso riposto di un'azione esterna, la quale esercita la sua influenza nell'ordine sociale, essendo esse il movente e sottinteso necessario di ogni fatto esteriore. Occasionate dalle modificazioni prodotte nel mondo esterno, le inquisizioni interne del dritto non possono oltrepassare i limiti segnati da quelle, senza che usurpino e invadano il campo altrui. La buona fede per certo è un fatto recondito di coscienza; se restasse tale, sarebbe anche un fatto estraneo alla competenza del legislatore. Ma quando si annunzia essa come la causa efficiente di un complesso di rapporti, i quali, innovando l'assetto delle relazioni esteriori preesistenti, toccano gl'interessi e l'ordine sociale; sorge la necessità pel legislatore d'indagare qual sia la vera causa generatrice di tali mutamenti nelle attinenze della proprietà, per essere in grado di determinarne gli effetti giuridici corrispondenti. — Nè basta la semplice modificazione esterna per legittimare l'inquisizione interna del legislatore. Imperciocchè, o il mutamento esteriore, avvenuto nei rapporti della proprietà, si mostra collegato a quelle condizioni cui la legge suol riconoscere la virtù di produrre nell'animo delle persone il giusto convincimento di aver agito a norma de' suoi precetti; e in tal caso l'opera del magistrato si restringe a vedere se le condizioni stabilite dalla legge e l'azione compiuta dal possessore si fondano,

come per vincolo di causalità, in una coscienza che, determinata dalle prime, sia divenuta determinante della seconda. O tali condizioni che sogliono, secondo il concetto legislativo, aver l'efficacia di produrre la buona fede, mancano invece del tutto; e allora la legge, non trovando più opportuno fondamento alle pretese di buona fede, nega a dirittura ogni guarentigia di protezione e di favore, senza che abbia d'altra parte la giusta facoltà o la necessità di entrare nel campo chiuso della coscienza. Questa, a nostro avviso, è la natura fondamentale del dritto ed in ciò si compendia tutta la sua giurisdizione nell' esame dei fatti interni: fuori di tali limiti non vi ha che confusione tra l'ufficio e la competenza del dritto e della morale.

Se è vero questo come principio, debb'essere anche vera la conseguenza che intendiamo cavarne. Come è mestieri che la buona fede del possessore tragga la sua efficacia da cause giuridiche determinate perchè possa aver valore e giustificazione dinanzi alla legge nel suo cominciamento; così è mestieri eziandio di altre cause, fornite di pari efficacia giuridica, per determinarsi irrefragabilmente la cessazione della medesima. Entro questi due termini si circoscrive la buona fede legale: ogni altro fatto non è della competenza del legislatore. È perciò che, assicurata la buona fede in principio, come la conseguenza e il risultamento delle condizioni stabilite dalla legge, l' animo del possessore rimane un campo chiuso alle esplorazioni del magistrato, sinchè non intervenga un fatto, fornito di pari efficacia giuridica, per constatare in modo inconcusso la cessazione della buona fede nel possessore. E qui occorre rimuovere un errore molto comune, derivante da quella massima che corre per le bocche di tutti: *mala fides superveniens non nocet.* — Il senso di questo adagio, qual si ricava dal valore letterale delle parole, è che la mala fede posteriore non altera per nulla la buona fede originaria. Ma ciò costituisce una contraddizione in termini, perchè menerebbe all' assurda conseguenza di accordare alla mala fede quell' identico tratta-

mento che solo alla buona fede è dovuto; mentre servirebbe d'altra parte a creare un perfetto antagonismo tra i precetti del dritto e quelli della morale, che non è meno esiziale e pernicioso della loro stessa confusione. Il significato adunque di questo adagio è il seguente: non che la legge misuri alla medesima stregua ed accordi il medesimo trattamento alla buona fede e alla mala fede del possessore; ma è piuttosto che essa non sa della mala fede sopravvenuta, o meglio non ne ha una prova certa e sicura. Spetta alla morale l'ufficio di condannare gl'iniqui propositi e i malvagi intendimenti; ma la legislazione non può spiare le occulte modificazioni e gl'intimi mutamenti della coscienza; senza che ecceda i limiti del proprio ufficio e corra a un tempo il rischio di consumare atti di arbitrio. Non è quindi che la legge favorisca la violazione dei precetti della morale; ma è invece ch'essa non può in tal caso, essendone incompetente, assicurarne l'osservanza mediante le sue sanzioni. Non basta perciò che la mala fede sopraggiunga, perchè cessino i favori accordati alla buona fede del possessore; si richiede altresì la certezza ch' essa sia veramente sopraggiunta, la qual cosa non si mostra possibile senza un fatto legalmente sicuro che sia a un punto la causa e la prova del sopraggiungere della mala fede. Se dobbiam quindi, in coloro che invocano e rimpiangono la dottrina del dritto canonico, ammirare un senso morale assai squisito; non possiamo lodare egualmente un senso giuridico del pari elevato. Il Codice italiano, attenendosi pienamente ai principî del dritto moderno, segna un progresso veramente notevole sulle altre legislazioni.

138. — Secondo l'art. 703 del Codice italiano adunque è mestieri della dimanda giudiziale, perchè cessi nel possessore il dritto all'acquisto dei frutti: secondo il Codice francese invece egli è tenuto alla restituzione dei frutti appena conosce i vizi del suo titolo (art. 550 capov., Cod. nap.). Onde è dottrina universalmente ritenuta in Francia che basti, al fine di porre in mala fede il possessore, qualunque

atto giudiziale o stragiudiziale o qualunque altro mezzo che, anche non derivando dal proprietario, valga nondimeno a produrre l'effetto di far cessare la sua buona fede. « Il possessore di buona fede nel principio cessa di esserlo, e non ha più quindi dritto ai frutti dal momento in cui ha conoscenza dei vizi del suo titolo, sia per effetto di una dimanda in giudizio o di una intimazione stragiudiziale, sia in tutt'altro modo » (1).

Per dimanda giudiziale, non è d'uopo il dirlo, s'intende l'atto di citazione (art. 37 Cod. proc. civ.), con cui il proprietario reclama dal possessore la restituzione della cosa sua insieme a tutte le accessioni della medesima (2). A nostro avviso poco importa che la dimanda del proprietario sia fatta in petitorio o in possessorio: la legge non distingue. Se il proprietario però si vale dell'azione possessoria, per reclamare il possesso della cosa sua, è mestieri esca vincitore nel giudizio impegnato, perchè abbia dritto alla restituzione dei frutti sin dal giorno della dimanda; ma, se la sua dimanda non è ammessa o è rigettata, essa non vale per nulla a crear l'obbligo nel possessore di restituire i frutti, opponendosi a ciò la forza del giudicato. La dimanda giudiziale quindi non è efficace a tal uopo che in quanto vien coronata da sentenza favorevole. È perciò che nel giudizio petitorio possono venire meglio tutelati gl'interessi del proprietario; poichè, intentandosi la *rei vindicatio*, si viene necessariamente all'esame dei titoli di proprietà, senza punto guardarsi alle ragioni e alla durata del possesso.

139. — La necessità della dimanda giudiziale, qual condizione per far cessare la buona fede del possessore anche per l'acquisto dei frutti, era stata già avvertita sin dal dritto romano dal giureconsulto Giuliano, alla cui opinione però prevalse quella contraria di Paolo e di Ulpiano: *Bonae*

(1) AUBRY e RAU, vol. I, § 201. Confr. DEMOLOMBE, vol. V, pag. 616; DURANTON, vol. II, n. 362; DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », § 347; LAURENT, vol. VI, n. 222.

(2) BORSARI, vol. II, § 1503.

fidei emptor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat, quaeritur? Respondi, bonae fidei emptor, quod ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit (1). Era questo il principio invalso nell'antico dritto francese: il possessore di buona fede in origine non poteva esser costituito di mala fede se non mediante la dimanda giudiziale. « La giurisprudenza universale della Francia statuiva, che il possessore fosse presunto di buona fede sino alla interpellazione giudiziale, e da quel punto soltanto si obbligava a restituire i frutti » (2). Secondo il Codice napoletano bastava la dimanda del proprietario, anche in conciliazione per costituire di mala fede il possessore (art. 475 capov., Cod. delle Due Sic.). Il Codice albertino però richiese formalmente la dimanda giudiziale, perchè il possessore fosse tenuto alla restituzione dei frutti (art. 453, Codice albert.): da esso è stato tratto l'articolo 703 del Codice italiano.

Il valore giuridico della dimanda giudiziale, come condizione per determinare il tempo da cui il possessore di buona fede sia tenuto a restituire i frutti, è duplice. Il primo deriva dalla necessità dei giudicati, i quali, essendo semplicemente dichiarativi, è d'uopo retroagiscano nei loro effetti al giorno della dimanda (3). Il secondo poi consiste nell'indole stessa della dimanda, la quale rappresenta a un punto il ridestarsi della coscienza e dell'attività del proprietario, e il termine o il turbamento di quella del possessore: essa, a dirla breve, è la causa e la prova legale della cessazione della buona fede. Colla dimanda giudiziale non può farsi più rimprovero d'inerzia al proprietario, nè qualificare di buona fede il possessore: può nel fatto non

(1) Fr. 25, § 2, *Dig.*, « De usur. », XXII, 1.

(2) MALLEVILLE, *Analisi della discussione intorno al Codice civile*, vol. II, pag. 242.

(3) LAURENT, vol. VI, n. 222; PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, vol. III, n. 189.

esser cessata in quest' ultimo la fede nella legittimità del proprio dritto; ma ciò non toglie ch' egli da quel giorno abbia il debito e l' interesse di preoccuparsi della probabilità di un giudicato sfavorevole che lo condanni alla restituzione della cosa e dei frutti. Ispirato quindi ad un alto principio di giustizia e di sapienza sociale, si mostra il dettato della legge; poichè è giusto ed utile ad un tempo che venga lasciata al proprietario la responsabilità della perdita o della conservazione del proprio dritto. È colpa sua se tace e non reclama: *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (1): dal momento, però, ch' egli si fa vivo e rivendica la cosa sua, sarebbe sommamente ingiusto che venisse oltre defraudato nei propri dritti. Il possessore alla sua volta, se pur non diviene a dirittura di mala fede in seguito alla dimanda, sarà sempre un imprudente laddove, malgrado di essa, avrà consumati i frutti che sa di poter restituire insieme alla cosa. La dimanda giudiziale è il risveglio del proprietario che chiede la reintegrazione del suo dritto offeso; è una sfida lanciata al possessore che gli ha usurpato il godimento e il dominio della cosa, un' invocazione di titoli e di documenti che confermano inesorabilmente la legittimità delle sue pretese: il possessore non potrà da quel giorno illudersi oltre sulla incerta origine della sua proprietà. Promossa la dimanda giudiziale non è più luogo a vane minacce o ad atti di jattanza da parte del proprietario, nè a facili illusioni da parte del possessore: al primo non potrà più farsi rimprovero d' inerzia o di colpevole silenzio; nel secondo poi, oltrechè può dirsi cessata nel fatto la illesa coscienza del proprio dritto, la intima persuasione cioè di non v' esser dritto altrui che lo possa legittimamente molestare, si ha la prova legale incontestabile di tale cessazione. Da quel momento venendo meno in modo evidente la causa costitutiva di siffatta condizione anormale del dritto di proprietà, questo si riafferma in tutta la sua pienezza.

(1) Fr. 203, *Dig.*, « De reg. jur. », L, 17.

140. — Le dimanda del proprietario o è accolta dal magistrato o è respinta: nel primo caso il possessore è tenuto a restituire la cosa insieme ai frutti percepiti dal giorno della dimanda; nel secondo, invece, risultando vittorioso, non restituirà nè i frutti, nè la cosa. Qualunque sia la fortuna della lite nei diversi gradi di giurisdizione, bisogna sempre guardare all'esito finale della medesima; a quella sentenza, cioè, che, divenendo cosa giudicata, senza che possa contro di essa promuoversi gravame di sorta ordinario o straordinario, fissa irrevocabilmente lo stato dei contendenti. A norma di questa debbe decidersi se il possessore abbia o no l'obbligo di restituire i frutti dal giorno della dimanda, retroagendo, per la sua indole dichiarativa, a quell'epoca la forza del giudicato (1). Se il possessore vince in prima istanza e perde in appello; ovvero, se dopo aver vinto in prima e seconda istanza, è la sentenza di appello annullata dalla Cassazione, ed al pronunziato di questa si conforma nella sua decisione il magistrato di rinvio; egli sarà sempre tenuto dal giorno della dimanda alla restituzione dei frutti, malgrado la varia fortuna della lite. Non è più quistione in tal caso di buona o di mala fede, ma è quistione bensì di applicare i principî che governano la efficacia della cosa giudicata. « Celui qui gagne dans les deux instances sera le plus souvent de bonne foi, mais sa bonne fois, ou sa mauvaise foi sont indifférentes: quelles que soient les péripéties du procès, c'est celui que l'emporte en définitif qui doit obtenir tout ce qu'il aurait obtenu dès la litiscontestation, puisque la dernière décision remonte à ce jour » (2).

Se però il possessore, dopo uscito vittorioso in possessorio, perderà in petitorio, egli non dovrà i frutti che dal dì della dimanda fatta in petitorio. *Si quis, bona fide rem possidens, victor existat in judicio possessorio, in petitorio autem victus recedat, non alios fructus restituere tenetur,*

(1) LAURENT, vol. VI, n. 222; PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, vol. III, n. 189.

(2) LAURENT, vol. VI, n. 223.

quam qui tempore in petitorio litis contestatae adhuc exstabant, eo quod sententia in possessorio pro ipso lata impedimento est quominus malae fidei possessor factus intelligatur; ac rursus in petitorio contra eum data efficit, ut juris interpretatione in mala fide positus existimetur, ex quo litis contestatio in petitorio fuit (1).

141. — Ma il perimersi della dimanda giudiziale fa cessare nel possessore l'obbligo di restituire i frutti dal giorno in cui è stata proposta? Nell'antica giurisprudenza francese non era dubbia la risposta: la perenzione, togliendo ogni forza legale alla dimanda del proprietario, toglieva altresì in quest'ultimo il dritto di chiedere la restituzione dei frutti, per manco d'intimazione giudiziale contro il possessore: la perenzione della dimanda, a dirla breve, ricostituiva il possessore nella buona fede di prima. « Autre fois, n'était que du jour de la demande formée en justice que le possesseur était condamné à la restitution des fruits; et si le propriétaire laissait périmer l'instance, le possesseur était censé remis en bonne foi, et ne devait les fruits que du jour de la nouvelle demande » (2). Tale dottrina però, come fu avvertito dal medesimo Toullier tra' primi, venne abrogata dall'articolo 550 del Codice francese, il quale stabilisce, recisamente, che la buona fede del possessore cessa appena gli sono noti i vizi del titolo di acquisto; ond'è che da tal momento, senza curarsi del modo com'essa sia cessata, comincia l'obbligo nel possessore di restituire i frutti. « Devra-t-il (le possesseur) les fruits à partir de la première demande? Ce sera une question de fait. Il est possible que les titres produits par le propriétaire donnent connaissance au possesseur des vices de son titre: il se peut aussi que sa bonne foi ait continuée. Le juge décidera d'après les circonstances de la cause » (3).

(1) VOET, *Pandect.*, lib. XLI, tit. I, n. 31; LAURENT, loc. cit.

(2) TOULLIER, vol. II, pag. 76.

(3) LAURENT, vol. VI, n. 224. Confr. AUBRY e RAU, vol. I, § 201; DURANTON, vol. II, n. 362; DEMOLOMBE, vol. V, pag. 616; DALLOZ, *Répert*, v. « Propr. », § 347.

A diversa sentenza bisogna venire nel Codice italiano. L'articolo 703 dispone, espressamente, che il possessore non è tenuto a restituire se non i frutti che gli sono pervenuti dopo la dimanda giudiziale: è mestieri quindi della dimanda giudiziale perchè sorga tal obbligo nel possessore. Ma è disposizione testuale dell'art. 341 del Codice di procedura civile, che l'istanza perenta perde la sua qualità di atto giudiziale, reputandosi come non fatta: è naturale quindi la conseguenza, che, col perimersi dell'istanza, mancando la dimanda giudiziale, manchi altresì l'obbligo nel possessore di restituire i frutti sino a che non venga intentata una nuova dimanda giudiziale. Nè è di ostacolo l'adagio: *ex acto etiam nullo oritur probatio facti;* chè, quando la legge richiede di necessità la dimanda giudiziale, non è più quistione di buona o cattiva fede, ma di giudicato. Or il giudicato che condanni il possessore alla restituzione dei frutti non può pronunziarsi dal magistrato in virtù della istanza perenta, annullandosi colla perenzione ogni atto di procedura; occorre quindi una nuova dimanda giudiziale perchè venga a contestarsi la lite: solo questa potrà, dal giorno in cui sarà proposta, creare nel possessore l'obbligo di restituire i frutti insieme alla cosa stessa. *Denique si post litem contestatam perempta sit litis instantia, per culpam actoris, fructus non ex die prioris, sed posterioris litis contestationis praestari aequum est, cum hoc sit, quod actor sibi imputet. Nequicquam facit, quod per litis contestationem priorem possessor jam desierit in bona fide esse, si modo consideres non aliter per litis contestationem induci malam fidem, quam si ad eam evictio rei secuta sit. Ac proinde, cum prior litis contestatio perempta vim omnem amiserit, consequens est non nisi ex secunda litis contestatione malam fidem interpretatione juris inductam videris, quippe ad quam etiam tantum, et non ad priorem peremptam, sententia evictionis interposita est* (1).

(1) VOET, loc. cit.

Duplice, adunque, è il motivo per cui la istanza perenta, qualunque sia l' effetto che abbia potuto produrre nell' animo del possessore, non obbliga costui alla restituzione dei frutti. Il primo deriva dall' indole stessa della *litis contestatio*, la quale non è possibile in virtù dell' istanza perenta: la legge esige formalmente la dimanda giudiziale, ma questa non ha valore se non in quanto può essere seguita dalla sentenza del magistrato; il qual effetto non può aver luogo quando già, mediante la perenzione, la dimanda giudiziale è caduta nel nulla. Il secondo motivo poi si risolve nel principio medesimo che informa siffatta materia. Il proprietario che lascia perimere l' istanza o è mosso da poca fede nella legittimità del proprio dritto, o è vinto da negligenza e da inerzia: in ambo i casi egli non merita protezione e favore; mentre d' altra parte il possessore, in presenza dell' abbandono del proprietario, sente risorgere in sè la fede nel proprio dritto e con essa la sicurezza di sentirsi proprietario; e come tale agirà rimpetto alla cosa ch' egli possiede. Prosiegua il proprietario a scontare il fio della sua inerzia: la legge lo ha punito prima, lo punisce anche poi, intanto il possessore farà suoi i frutti. « La legge vuole che il possessore di buona fede sia parificato in questo punto al vero padrone; decisione piena di equità, poichè l' uomo naturalmente è nell' abitudine di equilibrare le spese a' suoi proventi, e se colui che ha goduto del fondo altrui, nella persuasione ch' egli n' era proprietario legittimo, si trovasse obbligato a restituire i frutti dopo aver creduto di poterli spendere come suoi, la sua buona fede medesima sarebbe causa della sua rovina, per la falsa sicurezza che gli aveva ispirata » (1).

(1) PROUDHON, *Dominio*, vol. I, pag. 547.

PARTE TERZA

CAPITOLO UNICO.

DEI FRUTTI E DEL MODO DI ACQUISTARLI

142. — Ogni dritto dell' uomo, meno quelli che riguardano gli attributi e l' esplicarsi delle facoltà inerenti alla persona umana nelle sue forme molteplici di manifestazione, si risolve sempre in un interesse od utilità. Non che il giusto debba venire confuso coll' utile, ma è piuttosto ch' essi son due termini correlativi, i quali s' incontrano e si completano a vicenda, senza punto contraddirsi, nella determinazione del medesimo obbietto. Il primo, difatti, riguarda la legittimità o *liceità* dell' azione umana, ed il secondo ne riguarda invece la produttività od il valore economico. Ond' è che la medesima azione è giusta, in quanto, non offendendo il dritto altrui, può liberamente esercitarsi; ed è utile, in quanto conduce, quand' è compiuta, alla soddisfazione di certi bisogni. Abbiamo parlato finora delle condizioni, onde risulta l' efficacia giuridica del dritto accordato al possessore di buona fede; bisogna dire ora dell' utilità economica ch' esso è destinato a produrre, subordinatamente sempre però all' elemento giuridico che la giustifica, determinandone il limite e la misura.

L' articolo 703 dispone, che *il possessore di buona fede fa suoi i frutti.* Acciò riesca chiaro il pensiero legislativo occorre un triplice esame: 1° se il possessore guadagni solo

quei frutti che hanno bisogno dell'opera dell'uomo perchè vengano prodotti, od anche quelli che la natura produce da sè; 2° quali siano i prodotti ch'entrano nella nozione di frutti; 3° com'essi si acquistino dal possessore. Tratteremo partitamente con brevità ciascuno di questi argomenti.

I.

143. — Le fonti del dritto romano non porgono un criterio abbastanza sicuro sui frutti, che il possessore di buona fede ha il dritto di acquistare: se cioè questo si limiti ai soli *frutti industriali;* ovvero si estenda anche a quelli che sono prodotti spontaneamente dalla natura, senza che sia d'uopo dell' industria dell'uomo, *frutti naturali.* Vi hanno elementi per l'una e per l'altra opinione: il tutto sta nel coordinarli, e qui è il difficile dell' impresa. Avvisano taluni che tale discordanza nel dritto romano debba spiegarsi col diverso concetto che i giureconsulti, secondo l' età in cui scrissero, ebbero intorno ai frutti spettanti al possessore di buona fede; ritenendosi sino al terzo secolo che dovesse far suoi solo i frutti industriali, e permettendosi dopo tale epoca di acquistare anche i naturali (1). Tale opinione non può accettarsi, come quella che muove da un criterio troppo esteriore, e che viene smentita dalle istituzioni stesse di Giustiniano, opera di età recentissima, dove si dice che i frutti appartengono al possessore *pro cultura et cura.* È meglio dunque studiarci se, interpetrando bene i testi ripugnanti, possa dileguarsi quella contraddizione che pare a prima giunta inevitabile.

144. — Una grande difficoltà si nasconde nel passo seguente: *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave*

(1) LAURENT, vol. VI, n. 203. Confr. TARTUFARI, op. cit, vol. I, n. 244.

qualibet justa causa aeque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura (1). Da queste parole di Giustiniano pare si ricavi, come, accordandosi i frutti al possessore di buona fede in considerazione della spesa e della fatica sostenuta per produrli, debba tal dritto venir meno in lui riguardo ai frutti naturali, per la produzione dei quali non è d'uopo di capitale e di lavoro. Ma è da porsi mente, però, che qui l'imperatore non fa altro che esporre semplicemente la ragione per cui avvisa che i frutti della cosa debbano spettare al possessore di buona fede, anzichè al proprietario della medesima; ragione che, anche falsa od incompiuta razionalmente, non altera punto la disposizione assoluta, la quale si trova, senza restrizione di sorta, nelle parole: *fructus quos percepit.* E poi, anche supposta esatta ed intera la ragione assegnata da Giustiniano, ed informativa essa sola del valore di tutta la disposizione, non varrebbe perciò a restringere il dritto del possessore a quella sola categoria di frutti che sono il risultato dell'industria. Imperciocchè non bisogna scindere i diversi rami della produzione di una cosa, ed in ciascuno di essi proporzionare la spesa al prodotto che si ottiene; ma occorre invece considerare come, qualunque sia la natura dei frutti, è d'uopo sempre di fatica e di spesa per la conservazione e la reintegrazione del fondo produttivo. Nè è da passarsi sotto silenzio che lo stato della produzione spontanea è proprio dell'epoche primitive e delle tribù barbare; mentre già in Roma, quando scriveva Giustiniano, la società trovavasi costituita in ordinata e civile convivenza, e la proprietà privata largamente progredita sotto la guarentigia di salde e sicure leggi. Sia piccola o grande la spesa di cultura, torna sempre lo stesso; vi ha inoltre però la coscienza di proprietario, con tutte le sollecitudini che l'accompagnano, che merita di esser tenuta in considerazione: l'imperatore, difatti, afferma espressamente,

(1) § 35, *Instit.*, « De rer. divis. », II, 1.

che il possessore acquista i frutti, non solo *pro cultura*, ma anche *pro cura;* la quale, sia pur minima la spesa di cultura, concorre in ogni caso al medesimo modo (1).

Ma, senza punto guardare alle ragioni, il fatto è che non si porta veruna limitazione al dritto del possessore nell'acquisto dei frutti, i quali divengono suoi a causa della buona fede; in conseguenza cioè della fondata opinione che egli ha di reputarsi proprietario: *Porro bonae fidei possessor, in percipiendis fructibus, id juris habet quod dominis praediorum tributum est* (2). « Osservisi che ciò che disse Giustiniano riguardo ai frutti che il possessore di buona fede percepisce, essere da lui acquistati *pro cultura et cura*, lo disse *enunciative*, giacchè ordinariamente i frutti sono la ricompensa delle cure e dei travagli che il proprietario o il possessore di buona fede sostiene per la cultura dei fondi; ma ciò non deesi intendere *restrictive*, ad effetto di circoscrivere ai soli frutti industriali, per la cui produzione ci è bisogno di cultura, il dritto che la buona fede dà al possessore di percepire i frutti a suo proprio vantaggio; mentre al contrario è costante che la buona fede dà questo dritto per tutti i frutti, tanto pei naturali che la terra produce senza veruna cultura, quanto per gl'industriali che esigono il fatto dell'uomo. Questo è ciò che c'insegna Paolo » (3). Bellissime oltremodo sono le parole dette in proposito dal Vinnio: *Neque enim fructus fiunt bonae fidei possessoris jure et potestate rei suae, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent et malae fidei possessoris, neque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonae fidei possessoris non fierent, licet perceptio bonae fidei possessori sit causa sine qua non..... Tribuitur igitur haec acquisitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Na-*

(1) Doveri, *Istituzioni di Dritto romano*, I, pag. 538.
(2) Fr. 25, § 1, *Dig.*, « De usur. », XXII, 1.
(3) Pothier, *Dominio e proprietà*, n. 337.

turali ut ait Justinianus hic, nimirum propter culturam et curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola haec acquisitionis hujus ratio est, neque praecipua, ut patet ex iis quae jam disputata sunt, et si culturae tantum aut curae ratio hic haberetur, hoc solum possessori concedendum esset, ut impensam et operam in colendo et curando praestitam imputet, atque ad eum dumtaxat modum fructus deducere vel retinere possit, si aliter ei restitutio non fiat. Principalis vero ratio in persona possessoris quaerenda, ea est bona fides; quippe quae facit ut possessor, pene pro domino haberi debeat, hinc non tantum fructus, sed et caetera fere omnia, quae dominis tribuuntur, eadem tribuuntur et bonae fidei possessoribus (1).

145. — Un'altra sentenza di Pomponio merita di essere interpetrata, poichè ben più esplicitamente, che non le parole di Giustiniano, sembra restringere ai soli frutti industriali il dritto del possessore di buona fede: *Fructus percipiendo uxor, vel vir ex re donata, suos facit: illos tamen quo suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex sylva caedit, non fit ejus; sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris; quia non ex facto ejus is fructus nascitur* (2).

È d'uopo notare, anzitutto, che in dritto romano, come nel Codice italiano (art. 1054), era proibita la donazione tra coniugi; epperò è naturale che solo per equità il coniuge donatario potesse profittare unicamente di quei frutti, alla cui produzione egli avea contribuito colla sua industria. Questa appunto è l'ipotesi che il giureconsulto esamina nel frammento citato; nulla quindi esso contiene che possa pregiudicare al dritto del possessore di buona fede: sì perchè non si tratta di vero terzo possessore, trattandosi invece dei frutti che il coniuge donatario acquista nel rapporto

(1) VINNIO, loc. cit., nn. 1 e 4.
(2) Fr. 45, *Dig.*, « De usur. », XXII, 1.

coll' altro coniuge donante o cogli eredi di costui; sì perchè il possessore in tal caso non ha un giusto titolo, essendo nulla la donazione tra coniugi. — Ma vi ha la seconda parte della sentenza del giureconsulto, dove si dice *cujuslibet bonae fidei possessoris,* che ha d' uopo di una certa spiegazione. Essa, invero, non debbe assumersi nel senso che nessun possessore di buona fede abbia il dritto di acquistare i frutti naturali; ma invece nel senso che non tutti i possessori di buona fede possano effettivamente acquistarli: tanto quelli, come nella specie, che non hanno un giusto titolo di possesso; quanto quelli altresì, come i possessori di eredità, che non posseggono a titolo oneroso. Scrive in proposito il Gothofredo: *Recte ait nec cujuslibet: nam fructus hi naturales fiunt possidentis bona fide titulo oneroso, puta ex empto* (fr. 48 pr. Dig. De adqu. rer. dom., XLI, 1); *non item possidentis titulo lucrativo, veluti ex donatione, ut hic; itaque non sunt hae leges contrariae* (1).

146. — Rimossa ogni dubbiezza intorno al significato delle due sentenze sopra enunciate, non resta che l' affermazione esplicita del giureconsulto Paolo, il quale riconosce, formalmente ed in modo assoluto, nel possessore di buona fede il dritto di acquistare indistintamente i frutti industriali ed i naturali percepiti dalla cosa posseduta: *Bonae fidei emptor non dubie, percipiendo, fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* (2). È questa la dottrina professata dagl' interpetri più autorevoli del dritto romano (3), alla quale si sono conformati pienamente le moderne legislazioni.

Il Codice francese, difatti, nell' articolo 549, parlando del possessore di buona fede, dice, con espressione assoluta,

(1) Nota 24, fr. cit. Vedi VINNIO, loc. cit., n. 8.

(2) Fr. 48 pr. *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.

(3) VINNIO, loc. cit.; VOET, lib. XLI, tit. I, n. 30; POTHIER, op. cit., n. 337.

che egli fa suoi i frutti. Ond' è che gl' interpetri, traendo pure argomento da ciò che il Codice francese non distingue tra i frutti naturali e gl' industriali, e dai motivi che giustificano il dritto del possessore di buona fede, si accordano, mirabilmente, nel riconoscere in lui la facoltà di acquistare ogni maniera di frutti possano pervenirgli dalla cosa posseduta (1). La medesima decisione e pei medesimi motivi debbe adottarsi nel Codice italiano (2). Qualunque sia perciò la natura dei frutti che il possessore potrà percepire prima della dimanda giudiziale, essi gli apparterranno irrevocabilmente. Il Codice nazionale invero non ammette alcuna distinzione tra i frutti industriali e i naturali (art. 444), solo pei quali poteva nascere dubbio nelle altre legislazioni. Il progresso dei tempi e la cresciuta cultura economica hanno assodato una grande verità; che nulla cioè si produce nel mondo che non sia il risultato dell' azione combinata dell' uomo e della natura. Possono variare, è vero, le proporzioni in cui, secondo la diversità dei casi, suole l'opera dell' uomo concorrere con quella della natura per la produzione della ricchezza; ma essa però non cessa mai di essere uno dei fattori necessari della produzione. — Unica distinzione adotta il Codice italiano, quella di frutti naturali e civili: adoperando la prima denominazione per indicare quelli che provengono direttamente dalla cosa; e denotando colla seconda quelli che costituiscono l'equivalente di ciò che è prodotto direttamente dalla cosa, e che sogliono computarsi per lo più in moneta; onde si dice che i frutti civili si ottengono per occasione della cosa (art. 444). Combinando adunque la disposizione dell'articolo 444 con quella dell'articolo 703, risulta evidente la conseguenza che nessuna restrizione viene imposta al possessore di buona fede nell' acquisto dei frutti.

(1) MARCADÉ, II, art. 549; DURANTON, vol. II, nn. 350, 366; DEMOLOMBE, vol. V, pag. 621 e segg.; DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », § 358; LAURENT, vol. VI, n. 203 e segg.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, vol. III, n. 188; BORSARI, vol. II, § 1054; TARTUFARI, vol. I, n. 244.

II.

147. — La legge prescrive, in termini generali, che il possessore di buona fede fa suoi i frutti (art. 703); ma quali siano i proventi che debbono comprendersi sotto tale denominazione, nol dice punto. Intanto nel titolo dell' usufrutto troviamo nettamente determinati i prodotti, che vanno noverati nella categoria dei frutti spettanti all' usufruttuario. Possiamo valerci delle norme relative all' usufrutto, per applicarle al possessore di buona fede? Nessun dubbio; perchè, tanto nell' uno che nell' altro caso, sebbene per motivi diversi, si tratta sempre dell' acquisto dei frutti, ed è evidente l'analogia: non è d' uopo quindi che la legge ripeta due volte le stesse regole. Questo concetto è assicurato anche per dritto romano: *Quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore* (1). Scrive in proposito il Laurent: « Quels sont ces produits? Le Code répond à la question au titre de l' usufruit. Il y pose en principe que l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits » (2). Attingeremo quindi al titolo dell' usufrutto le norme legali relative ai proventi che il possessore di buona fede acquista sotto la denominazione di frutti; studiandoci però di porre in rilievo, altresì, se in qualche parte il dritto di quest' ultimo rimpetto alla cosa diversifichi da quello dell' usufruttuario.

148. — La nozione di frutti, nel linguaggio economico, si risolve in quella di *reddito;* il quale rappresenta l' entrata annuale che il proprietario ricava dalla terra, ed il capitalista dai capitali investiti, scemata però delle spese di produzione e della quota di riserva che è destinata alla ricostituzione o, meglio, alla conservazione del fondo produttivo. Questa idea fu espressa stupendamente dai giureconsulti

(1) Fr. 10, § 4, *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.
(2) LAURENT, vol. VI, n. 206.

romani, quando col nome di *fructus* intesero: *quidquid ex re nasci et renasci solet.* Di fatti il carattere principale del reddito (*fructus*) sta nella perennità e periodicità delle sue apparizioni. Epperò non è applicabile siffatta denominazione a quei proventi che, lungi dal costituire un reddito perpetuo, formano il valsente del fondo produttivo, i cui elementi non si rinnovano, ma si esauriscono col prodotto medesimo. Tali a rigore sarebbero i prodotti delle miniere, la cui fertilità si consuma mano mano a misura che si estraggono le sostanze minerali. Accade tuttavia che anche i prodotti della miniera si considerino come reddito, quando specialmente viene sottoposta ad un'escavazione regolare, e non rapace, che lo sciupi o sfrutti. Ciò che dicesi per le miniere, vale pure pei boschi. Allorchè si allevano alberi di alto fusto, i quali si atterrano in unica volta « à blanc étoc, à terrain » o come dicesi comunemente tra noi, a *taglio raso,* in guisa che gli alberi abbattuti non possono più ricostituirsi; il taglio del bosco non dà in tal caso che il valsente, o il capitale medesimo convertito in contanti. Ma se invece il bosco viene sottoposto a taglio periodico e regolare, per *dirado,* « par éclaircie » abbattendosi gli alberi gradatamente nel giro di alcuni anni, in guisa da dar tempo al terreno di ripopolarsi di giovani piante, si ottiene in tal caso un reddito, poichè non si distrugge, ma rimane inalterato il fondo produttivo.

149. — Tutti quei proventi, adunque, che presentano il doppio carattere della perennità e della periodicità, spettano senza dubbio al possessore di buona fede, poichè entrano nella categoria dei frutti. Tali sono i prodotti che sogliono percepirsi dalla cosa nel tempo del ricolto, qualunque sia la loro natura, la quantità del lavoro umano richiesto e l'epoca in cui maturano; tali sono del pari gl'interessi dei capitali, le pigioni delle case, i proventi delle enfiteusi, dei censi e di ogni altra fonte di entrata (art. 414), come pure i parti degli animali (1), il reddito derivante dal taglio dei

(1) § 37, *Instit.*, « De rer. div. », II, 1.

boschi cedui (art. 485) e di quelli di alto fusto distribuiti in tagli regolari (art. 486), ed i prodotti delle miniere, cave e torbiere, che si trovano aperte ed in esercizio al tempo in cui comincia il possesso di buona fede (art. 494, capov.) (1). Il tesoro non è frutto (2); epperò non appartiene al possessore di buona fede, salvo i dritti che possono competergli come ritrovatore (art. 494, capov. ult.) ed i profitti che potrà ricavarne dall'impiego.

150. — Quanto ai frutti, siano civili, siano naturali, che essi si acquistino al possessore di buona fede nessuno è che ne dubita. Ma il dubbio si presenta gravissimo allorchè vuol sapersi se, oltre ai prodotti che vanno compresi nella categoria dei frutti, gli spettino ancora quelli, nei quali il reddito è parte integrante del fondo produttivo; e che debbono perciò considerarsi come capitale anzichè come frutti, quando vengono separati dalla cosa principale cui trovansi incorporati. Abbiamo in proposito una opinione del Marcadé che merita di essere ricordata. « Quando un terzo », egli scrive, « possiede di buona fede l'immobile appartenente ad altri, i diversi prodotti di questo immobile, divenendo mobili in virtù della loro separazione dal fondo, e trovandosi così mobilizzati durante e sotto il possesso del terzo, divengono all'istante di lui proprietà... L'usufruttuario e il fittajuolo han soltanto il dritto di godere, cioè di raccogliere i frutti. Primamente non possono raccogliere che frutti, quindi non possono nè aprir cave di pietre, di torba ecc., nè tagliare i boschi di alto fusto non sottomessi a regolare tagliamento; gli alberi che abbattessero in simili boschi e senza seguir le regole del tagliamento punto non apparterrebbero ad essi. Il possessore di buona fede per contrario fa suoi, dall'istante della separazione, tutti i prodotti, quali che siano, posciachè

(1) Demolombe, vol. V, pag. 621; Duranton, vol. II, n. 350; Dalloz, loc. cit., 358; Laurent, vol. VI, n. 205; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, vol. III, n. 188.

(2) Laurent, vol. VI, n. 205; Borsari, vol. II, § 1054.

tutti divengono mobili in forza della loro separazione dal suolo » (1).

Codesta teorica del Marcadé, può dirsi con sicurezza, non ha ricevuta lieta accoglienza dagli scrittori e dalla giurisprudenza (2); e la ragione, a chi ben guardi, si porge evidentissima. Imperciocchè è un falso argomentare quello del chiaro scrittore, allorchè mette, a sostegno della sua opinione, che i prodotti della cosa, appena separati dal suolo per opera del possessore di buona fede, divenendo mobili all'istante, debbano sottostare all'impero della massima *in fatto di mobili il possesso vale titolo.* Questa massima di fatti è relativa ai soli mobili per natura (art. 707 Codice ital. e 2279 Codice napol.), quelli cioè che nel momento del contratto si acquistano come tali; mentre nel caso in esame, al contrario, il possessore non acquista che l'immobile, rimpetto al quale la legge gli accorda semplicemente il dritto di far suoi i frutti. Qualunque sia quindi la qualità dei prodotti che possono separarsi dalla cosa principale, essendo essi una parte di questa, bisogna sempre guardare all'indole ed ai caratteri della medesima per decidere se il possessore di buona fede abbia dritto solamente ai frutti, od anche alla proprietà della cosa. Onde, sebbene molto severa, non è ingiusta la condanna che il Laurent fa di tale dottrina: « Marcadé a imaginé à ce sujet une théorie nouvelle sur l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi: nous croyons inutile de la combattre parce que nous n'aimons pas à combattre les chimères » (3).

151. — Il Tartufari pertanto, pur non accettando gli argomenti addotti dal Marcadé, viene ad analoghe conclusioni, fondando il suo concetto sopra ragioni di molta gravità. Pigliando occasione dalla dottrina del Laurent, che uguaglia

(1) MARCADÉ, vol. II, art. 549.

(2) DURANTON, vol. II, n. 350; DALLOZ, loc. cit., 358; DEMOLOMBE, vol. V, pag. 622; LAURENT, n. 205; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, vol. III, n. 188.

(3) LAURENT, vol. VI, n 205.

interamente i dritti del possessore di buona fede a quelli dell' usufruttuario, scrive: « Messo da banda che, a giudizio dei giureconsulti romani, il possessore di buona fede si considera di maggiori dritti fornito di quelli dell' usufruttuario, non può negarsi che l' usufrutto sia una servitù sull' altrui proprietà, e quindi i poteri dell' usufruttuario meritino una interpetrazione restrittiva. Comunque sia costituito l' usufrutto, o dalla legge o dalla convenzione o dalla disposizione dell' uomo, è sempre vero che l' usufruttuario è tenuto a riconoscere un dritto al suo superiore, e lo deve rispettare tanto da lasciare intatta, non pure la sostanza della cosa, ma eziandio il genere della coltivazione e la destinazione che le ha dato il proprietario, senza potervi fare radicali cambiamenti. In una parola, l' usufrutto vuolsi intendere esteso soltanto a tutti i frutti, che dà la cosa nel momento della sua costituzione. Su di che tutte le legislazioni concordano. Ma che cosa, di grazia, può esservi di comune, sotto questo rapporto, tra l' usufruttuario ed il possessore di buona fede a titolo di proprietà, che in giure romano e moderno è considerato quasi fosse un vero proprietario, dispensato per conseguenza dal contenersi in certi limiti, per non invadere un dritto al suo superiore? » (1)

Noi, in verità, non sappiamo sottrarci al debito di plaudire all' opinione del Tartufari; la quale, in fondo, oltrechè sostenuta da migliori argomenti, si mostra più ragionevole di quella del Marcadé, poichè tien conto dei giusti termini entro cui dee mantenersi il dritto del possessore di buona fede. La legge difatti dispone, in termini assoluti, che il possessore di buona fede fa suoi i frutti (art. 703): tutto ciò adunque ch' entra nella nozione di frutti gli spetta di pieno dritto. Or, poichè i prodotti delle miniere, cave e torbiere sono formalmente dalla legge denominati frutti (art. 444, capov.) e quelli dei boschi cedui e di alto fusto distribuiti in tagli regolari, presentando il doppio carattere della peren-

(1) TARTUFARI, vol. I, pag. 270.

nità e della periodicità, sono frutti anch'essi (art. 444, 485 e 486); ne viene logica ed imperiosa la conseguenza che il possessore di buona fede a titolo di proprietà debbe necessariamente acquistare gli uni e gli altri. Che importa se le miniere siano state sottoposte ad escavazione, ed i boschi di alto fusto distribuiti in tagli regolari la prima volta dal possessore di buona fede? essi son frutti senza dubbio; onde, mediante la semplice separazione, debbono per giusta ragione appartenergli in proprietà. Riguardo poi alla restrizione che la legge porta al dritto dell' usufruttuario, essa, come ben osserva il Tartufari, proviene da ciò che egli, essendo un avente causa dal proprietario, è tenuto a rispettare il dritto e la volontà di quest' ultimo e, quindi, a conservar inalterato l'ordine e il metodo impresso alla produzione della cosa ottenuta in usufrutto. Se il titolo dell' usufrutto può servirci di guida per determinare i prodotti che, secondo il concetto legislativo, vanno compresi nel novero di *frutti,* ciò non porta che il dritto del possessore di buona fede a titolo di proprietà sia identico a quello dell' usufruttuario: altra è la quistione di sapere cosa debba intendersi per *frutti,* altra è quella di specificare il dritto che a ciascuno di essi spetta sui medesimi. Il possessore di buona fede che ha tutta la coscienza e l'attività del proprietario, bisogna che ne abbia pure tutti i dritti — quelli però che si risolvono nel *reddito* ordinario che la cosa produce: che questo sia il risultato della volontà e dell'opera del proprietario o del possessore, è una semplice accidenza che non nega in esso la natura e il carattere di *frutti.* La sola restrizione che può essere imposta al dritto del possessore di buona fede sta in questo: ch' egli, cioè, nel taglio dei boschi e nell' esplorazione delle miniere, si conduca in modo da non impedire la riproduzione regolare dei primi e da non sciupare la fertilità delle seconde con escavazioni rapaci. Se per avventura, eccedendo nell' esercizio di siffatto dritto, avrà, invece di percepirne il reddito, distrutta una parte integrante del fondo produttivo (capitale) ricavandone il profitto, egli

avrà l'obbligo allora, nei limiti di tale eccesso, di tenerne conto al proprietario.

« Lasciansi i frutti al possessore di buona fede perchè si presume ch'egli li ha spesi mano mano, di anno in anno, *lautius vivendo,* e che non ha mica serbati, nè messi a moltiplico i frutti; or la verità sta appunto nella contraria presunzione, quando si tratta di quei prodotti straordinari che rappresentano essi stessi una parte integrante dei fondi e che formano un capitale, cui i buoni padri di famiglia non ispendono, nè dissipano, ma conservano; dunque è di piena equità che il capitale che il possessore ha conservato, sia restituito da lui al padrone della cosa, al quale legittimamente appartiene » (1). Ma questo appunto è quello che noi affermiamo: il possessore di buona fede non ha dritto al capitale, ma ai frutti; e son frutti quelli che a termine periodico vengono costantemente prodotti dalla cosa. È dunque arbitraria la limitazione che suol portarsi al possessore di buona fede a titolo di proprietà, quando le miniere, nel principio del possesso, non sono ancora aperte, o i boschi di alto fusto non divisi in tagli regolari. Quale il criterio per noverare nell'un caso siffatti prodotti tra i proventi ordinari, e nell'altro tra i proventi straordinari della cosa? Il solo criterio, a nostro avviso, è quello della perennità e della periodicità dei prodotti: l'entrata ordinaria si misura da ciò, che la forza produttiva del capitale si mantenga durevole; quando questo è salvo, nessun'altra limitazione debba porsi al dritto del possessore di buona fede a titolo di proprietà. L'usufruttuario non è, nè si reputa proprietario: è questa la ragione per cui si trova tenuto e godere della cosa nei limiti segnati alla produzione della medesima dalla volontà del proprietario. — Nel dritto romano troviamo formulato espressamente ed in termini precisi siffatto principio: *Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prae-*

(1) DEMOLOMBE, vol. V, pag. 622.

diorum tributum est (1). — *Bonae fidei emptor, quod ad fructus attinet, loco domini pene est* (2). In ambo questi frammenti si tratta di un compratore di buona fede, quindi di un possessore a titolo di proprietà. Ma vi ha pure un altro frammento in cui il giureconsulto Paolo, con profondità veramente filosofica, enuncia come regola assoluta, che il dritto del possessore di buona fede vien determinato, negli utili che percepisce, da ciò che nel fatto gli spetterebbe, se avesse realmente acquistato quello che in buona fede reputa di appartenergli ad un titolo qualsiasi: *Bona fides tantundem possidenti praestat, quatum veritas, quotiens lex impedimento non est* (3).

152. — Facendo applicazione del grande principio contenuto in questa sentenza del giureconsulto, possiamo benissimo ed agevolmente risolvere la questione, che concerne il dritto spettante al possessore di buona fede sulla cosa costituitagli in usufrutto. Egli logicamente ha il dritto di acquistare tutto ciò che avrebbe acquistato, se fosse davvero effettivo usufruttuario della cosa: il titolo del possesso costituisce a un punto la causa e il limite del suo dritto. La legge concede all' usufruttuario di far suoi indistintamente tutti i frutti che vengono prodotti dalla cosa; se non che gli nega la facoltà di poter abbattere e profittare del valore dei boschi di alto fusto non sottoposti a taglio regolare (art. 486), e dei proventi delle miniere non aperte ed in esercizio al tempo in cui comincia l' usufrutto (art. 494, cap. ult.). Codesta limitazione, come vale pel vero usufruttuario, vale altresì per l'usufruttuario apparente di buona fede: quanto al resto, così l' uno che l' altro ha dritto a tutti i frutti che la cosa produce (4).

Si adoperi l' istesso criterio nel caso che il possesso di buona fede abbia per oggetto una rendita vitalizia; il pos-

(1) Fr. 25, § 1, *Dig.*, « De usur. », XXII, 1.
(2) Fr. 48 pr., *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.
(3) Fr. 136, *Dig.*, « De rer. jur. », L, 17.
(4) Demolombe, vol. V., pag. 623; Tartufari, vol. I, pag. 268.

sessore acquisterà sempre le pensioni che vanno a maturarsi (art. 482). Nè gli è di ostacolo che le pensioni maturate formino parte integrante del capitale; poichè in esse, comunque sino ad un certo termine (la vita dell'uomo), si conserva sempre il doppio carattere della perennità e della periodicità: onde son tali che vengono ordinariamente destinate al consumo, anzichè al risparmio (1).

153. — Ma il possessore di buona fede non sempre, negli atti di padronanza ch'esercita sulla cosa posseduta, rispetta quei limiti che la legge impone all'esercizio del suo dritto; anzi al contrario, la salda opinione in cui si trova di credersi vero ed effettivo proprietario, lo porta spesso a compiere degli atti ch'eccedono i confini di una semplice amministrazione, risolvendosi invece in atti di disposizione. Quali sono in tal caso gli obblighi cui è tenuto verso il proprietario, per quella quantità di prodotti ch'egli ha percepiti e che, lungi dal formar parte del reddito, s'identificano col capitale della cosa? Siffatto obbligo varia nel possessore, secondochè la percezione sia avvenuta prima o dopo la dimanda del proprietario. Nel primo caso egli è tenuto sino alla concorrenza dell'utile effettivamente ritratto (2); nel secondo però il suo obbligo vien determinato dal danno che il proprietario risente nel suo patrimonio. E siffatto obbligo, non pure riflette i prodotti straordinari percepiti dalla cosa, ma anche i frutti, i quali, dal giorno della domanda, spettano interamente al proprietario per dritto di accessione: *Post motam controversiam omnes possessores pares fiunt. Coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur* (3).

Bisogna applicare il medesimo principio per la deteriorazione o la perdita della cosa posseduta. Se il deterio-

(1) Demolombe, vol. V, pag. 624; Tartufari, vol. I, pag. 269.

(2) Pothier, *Dominio e proprietà*, n. 333; Duranton, vol. II, n. 366.

(3) Fr. 25, § 7, *Dig.*, « De hered. pet. », V, 3.

ramento o la perdita ha luogo nel periodo anteriore alla dimanda giudiziale, avvenga essa per caso fortuito o per fatto del possessore, vale sempre lo stesso: poichè, nell'un caso *res perit domino;* e, nell'altro, non è giusto che il possessore sia responsabile degli atti da lui compiuti nella coscienza di valersi del suo dritto qual vero e legittimo proprietario della cosa: *Si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt* (1). Ma, qualunque sia il profitto che il possessore di buona fede abbia potuto ricavare dal deterioramento o dalla perdita della cosa, dovrà sempre restituirlo al proprietario, non essendo giusto che egli si arricchisca a spese altrui (2). Dopo la dimanda giudiziale però, sebbene non possa dirsi ch' egli sia pareggiato interamente negli obblighi al possessore di mala fede, dovrà nondimeno rispondere dei guasti e danni cagionati alla cosa per fatto o colpa propria; sapendo da quel momento di esser posta in forse la legittimità del suo dritto e di poter essere condannato a restituire la cosa nello stato in cui si trova al tempo della dimanda: *Si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit* (3).

III.

154. — Che il possessore di buona fede abbia dritto all'acquisto dei frutti, nessuno è che ne dubita; ma, qualunque sia il momento in cui tale acquisto irrevocabilmente si compia, ha formato e forma tuttavia oggetto di controversia non mediocre.

Già per dritto romano si contende, ancora, se i frutti si acquistassero al possessore di buona fede nel momento della separazione, ovvero in quello del consumo. Il certo è che i

(1) Fr. 25, § 11, *Dig.*, « De hered. pet. », V, 3.
(2) Pothier, loc. cit.; Borsari, vol. II, § 1504.
(3) Fr. 13 pr., *Dig.*, « De rei vindic. », VI, 1,

testi sono abbastanza oscuri e ripugnanti fra di loro; onde si prestano facilmente ad opposta interpetrazione. Vi hanno dei luoghi, difatti, dove chiaramente si dice che basta la semplice percezione perchè il possessore di buona fede divenga proprietario irrevocabile dei frutti: *Fructus, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt* (1). — *Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest: si vero apud bonae fidei emptorem, contra; quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit* (2) — *Fructus ad bonae fidei possessorem pertinent, quoque modo a solo separati fuerint* (3) — *Julianus ait, fructus bonae fidei possessoris fieri, mox quum a solo separati sint* (4). Ma vi hanno ancora altri luoghi dai quali evidentemente risulta, che il possessore di buona fede solo allora può dirsi di esser divenuto proprietario effettivo dei frutti, quando già gli abbia consumati: *Fructus praediorum consumptos suos faciat bonae fidei possessor* (5) — *Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare: bonae fidei vero extantes, post autem litis contestationem, universos* (6) — *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest* (7).

E si è tentato in vario modo di porre in armonia la di-

(1) Fr. 48 pr., *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.

(2) Fr. 4, § 19, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3.

(3) Fr. 25, § 1, *Dig.*, « De usurp. », XXII, 1.

(4) Fr. 13, *Dig.*, « Quib. mod. ususfr. amit. », VII, 4.

(5) Fr. 40, *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1. Confr. fr. 4, § 2, *Dig.*, « Fin. reg. », X, 1; fr. 4, § 19, *Dig.*, « De usurp. », XLI, 3; fr. 41, § 1, *Dig.*, « De rei judic. », XLII, 1.

(6) *Leg.* 22, *Cod.* « De rei vindic. », III, 32.

(7) § 35, *Instit.* « De rer. div. », II, 1.

scordanza di siffatti testi: « Di qui », scrive il Doveri, « alcuni interpetri del dritto romano hanno dedotto che la separazione dei frutti non faccia veramente acquistare la proprietà dei medesimi al possessore di buona fede; subito che il proprietario della cosa che li ha prodotti, può ripeterli insieme colla cosa sua. — Erronea deduzione. — Imperocchè, come osservano ottimamente altri scrittori, non vi è nulla di contradditorio tra l'essere proprietario di un oggetto, e l'essere nello stesso tempo obbligato a restituirlo ad un altro » (1). Ma, in verità, non sa concepirsi un proprietario che sia al tempo stesso non proprietario; e tale sarebbe il possessore di buona fede, se da una parte acquistasse e dall'altra fosse tenuto a restituire i frutti acquistati: chè, o non è proprietario, o se lo è, il suo dritto di proprietà non può coesistere insieme a quello di altri. Bisogna dunque una conciliazione dialettica per risolvere la contraddizione. Si è voluto perciò ricorrere ad un espediente, che è una specie di *panacea* per gl'interpetri del dritto romano, quando si hanno di fronte testi di difficile soluzione: incolpare cioè i compilatori di qualunque antinomia possa incontrarsi nelle fonti; onde i poveri Triboniano, Teofilo e Doroteo sono gli eterni capri espiatorî di tutti gli errori, di tutti i difetti, di tutte le contraddizioni! Accuse gratuite, che spesso, invece di additare dove si nascondono le difficoltà per affrontarle, additano piuttosto la via per uscire d'imbarazzo, girandole! A tal partito sulle tracce dell'Alibrandi (2), si appiglia il Tartufari sforzandosi di dimostrare come per dritto romano antico bastasse la semplice percezione all'effetto di acquistare realmente i frutti, e come l'idea di farne dipendere l'acquisto dal fatto del consumo fosse piuttosto l'espressione del dritto nuovissimo. Onde è avvenuto, si soggiunge, che i compilatori, nel rimaneggiare gli scritti dei classici giureconsulti, li abbiano bruttati di tale interpolazione da far loro smar-

(1) *Istituzioni di Diritto romano,* vol. I, pag. 537.
(2) *Teoria del possesso,* n. 120 e segg.

rire il pristino e genuino significato. E si notano con molta diligenza le antinomie e le contraddizioni e di tutte si chiamano in colpa i compilatori (1).

155. — Rispettosi come siamo dell'altrui opinione, amiamo nondimeno di dire anche la nostra, non foss'altro per esprimere schiettamente quel che sentiamo. Affidarsi a certi criteri esteriori per comporre una contraddizione, quando possono benissimo, mediante più accurata disamina, trovarsi nel concetto stesso i termini di una logica conciliazione, a noi sembra partito assai arrischiato, nè sempre convenevole. Se possiamo lodarci dei grandi servizi che la critica odierna, ricercando e confrontando codici o mal noti o mal interpetrati, ha saputo rendere al progresso degli studi, dobbiamo d'altra parte esser molto cauti nell'accettarne tutti i risultamenti; chè spesso l'amore alla novità sottentra a quello della verità, e certe costruzioni non sono che arbitrarie. A noi pare adunque che le fonti del dritto romano, malgrado la diversità dell'espressione, si mostrino informate ad unico criterio, e tendano tutte ad affermare il medesimo principio.

Senza punto discendere ad una minuta analisi dei singoli testi per armonizzarli fra di loro, la qual cosa non è tanto malagevole a chi abbia occasione più diretta e maggiore competenza di noi; ci limitiamo solo ad una considerazione generale, che può servire di guida per comprendere il significato e l'intima armonia che li collega non ostante l'apparente contraddizione. Il principio del dritto romano sta in questo: il possessore di buona fede non diviene, in conseguenza della semplice percezione, proprietario puro e semplice dei frutti; diviene bensì proprietario sotto la condizione sospensiva, che gli abbia consumati prima della dimanda di rivendicazione da parte del proprietario. Così possiamo concepire due individui che siano al tempo stesso proprietari entrambi del medesimo obbietto — i frutti: il loro dritto di padronanza però non si porge interamente compiuto in al-

(1) TARTUFARI, vol. I, pagg. 274, 275.

cuno dei due, trovandosi invece sottoposto alla medesima condizione, la quale, secondochè si verifichi in un modo o in un altro, fa risolverlo definitivamente a favore di un solo di essi. Avviene difatti, che, se il proprietario rivendica la cosa prima che i frutti siano stati consumati dal possessore di buona fede, essi apparterranno a lui; ma se al momento della rivendicazione si trovano già consumati dal possessore, quest'ultimo ne sarà egli il proprietario. La proprietà dei frutti adunque si mostra incompiuta tanto nel proprietario che nel possessore di buona fede; il fatto del consumo, in rapporto colla dimanda di rivendicazione, determina chi di loro sia il vero ed effettivo proprietario dei medesimi, se il consumo (1) ha luogo prima della domanda di rivendicazione, il dritto di proprietà si purifica nel possessore di buona fede; ma, se questa precede quello, è nel proprietario che tal dritto si perfeziona. Così la precedenza del consumo alla rivendicazione è un fatto, che serve di condizione sospensiva all'acquisto del possessore e di condizione risolutiva a quello del proprietario; la precedenza della rivendicazione al consumo costituisce, all'incontro, la condizione sospensiva del dritto del proprietario e risolutiva di quello del possessore. — Siffatto concetto possiamo avvalorarlo coll'autorità di Pothier; ecco quel ch'egli scrive a proposito del *fr. 48, Dig., De adqu. rer. dom., XLI, 1*: « Si rimarchino questi termini della legge, *fructus interim suos facit:* il dritto che la buona fede dà al possessore di percepire a suo vantaggio i frutti del fondo, deriva soltanto da che essa lo fa reputare proprietario del fondo. Quindi, siccome essa non lo fa reputar tale che sino a che il vero proprietario si presenti, così non può dargli il dritto di percepire a suo van-

(1) Si noti che la parola CONSUMO debbe assumersi nel senso che i frutti non si trovino più nello stato in cui sono stati raccolti, cioè in natura; non importa del resto il modo com'esso sia avvenuto: se sia stato cioè produttivo o improduttivo, se sia servito a far sciupare la cosa, o a conservarla trasformata o convertita in equivalente.

taggio i frutti, che sino alla comparsa di detto proprietario, il quale giustifichi il suo dritto di proprietà. Laonde il dominio dei frutti, che la buona fede gli fa acquistare, non può essere che un dominio soggetto a risolversi, e che si risolve di fatti ogni qualvolta il vero proprietario della cosa compaja e la rivendichi. Questa è la ragione per cui il possessore di buona fede, secondo il dritto romano, dee rendere al rivendicante i frutti ch'egli ha percepiti, tuttochè prima della dimanda, quando si trovino esistere in natura presso di lui; avvegnachè il dominio di questi frutti, che la buona fede gli aveva fatto acquistare, si risolva in tal caso per la rivendicazione del vero proprietario » (1).

Studiandoli con questo criterio, sparisce la contraddizione che tanto si deplora nei testi del dritto romano; poichè possono conciliarsi benissimo quelli, dove si dice che il possessore di buona fede acquista i frutti: *Statim ubi a solo separati sunt* (2) — *quoque modo a solo separati fuerint* (3) — *mox, quum a solo separati sint* (4); cogli altri nei quali si richiede il consumo, perchè l'acquisto veramente si compia: *aut fructus bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit* (5) — *fructus consumptos suos faciat bonae fidei possessor* (6) — *si dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest* (7). La qual conciliazione sta in ciò: mediante la semplice percezione il possessore di buona fede acquistava, è vero, i frutti; ma sotto condizione di consumarli prima che il proprietario avesse intentata la rivendicazione.

156. — Per dritto romano adunque era mestieri che al fatto della percezione seguisse necessariamente il consumo,

(1) POTHIER, op. cit. n. 338.
(2) Fr. 48 pr., *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, 1.
(3) Fr. 25, § 1, *Dig.*, « De usurp. », XXII, 1.
(4) Fr. 13, *Dig.*, « Quib. mod. ususfr. amit. », VII, 4.
(5) Fr. 4, § 2, *Dig.*, « Fin. regund. », X, 1.
(6) Fr. 40, *Dig.*, « De adqu. rer. dom. », XLI, I.
(7) § 35, *Instit.* « De rer. div. », II, 1.

perchè i frutti divenissero irrevocabilmente del possessore di buona fede. Nelle legislazioni moderne però vediamo consacrarsi il principio, che basta la sola percezione al fine di compiersi, *ipso facto*, a pro del possessore di buona fede l'acquisto dei frutti. Siffatto principio era già nelle antiche consuetudini francesi, fu riconosciuto da Pothier (1), ed è passato nel Codice napoleonico (art. 549, Cod. nap.). Il Codice italiano lo accoglie apertamente (art. 703), nè vi ha dubbio alcuno che la dottrina romana debba ritenersi del tutto abrogata. — Non manca tuttavia chi, senza punto sconoscerne l'efficacia, si mostri dolente di tale novità (2). Noi avvisiamo, invece, che un grande progresso si compendia nel principio sancito dalle legislazioni moderne. L'idea di evitare lunghe, malagevoli e dispendiose inquisizioni, non sempre concludenti, per verificare sino a qual punto i frutti percepiti si trovino consumati e quali, tra quelli tuttora *extantes*, siano pervenuti dalla cosa posseduta, quali no: l'idea di scorgere in essi il compenso ed il coronamento delle fatiche e delle cure sostenute; e quella infine di lasciare al proprietario tutta la responsabilità dei propri atti, servono in sommo grado a giustificarne la legittimità. E poi, lasciando da parte coteste ragioni accessorie, bisogna considerare che i frutti appartengono al possessore, perchè egli, durante il periodo della buona fede, ha la coscienza e l'attività del proprietario; egli, quindi, come ne adempie gli obblighi, bisogna che n'eserciti pure i dritti. Il consumo è un'accidentalità di cui non occorre tener conto: il dritto si esercita finchè durano le condizioni che lo serbano in essere, e sino alla domanda giudiziale tali condizioni si conservano nel possessore di buona fede. È d'uopo dunque rispettare, come atti di vera ed effettiva padronanza, nei limiti segnati dalla legge, quelli compiuti da lui prima della domanda giudiziale.

(1) *Dominio e proprietà*, n. 341.
(2) LAURENT, vol. VI, n. 203.

157. — Se la semplice percezione basta, perchè i frutti si acquistino al possessore di buona fede, non resta che vedere com' essa si compia nella doppia ipotesi dei frutti naturali e dei frutti civili, per determinare il momento preciso dell' acquisto. Quanto ai frutti naturali, il concetto è assai semplice e chiaro; poichè, coll' atto della separazione, cessando di formar parte della cosa principale, entrano immediatamente nel patrimonio del possessore. La separazione però è mestieri abbia luogo nell' epoca in cui i frutti, giunti a maturità, hanno già acquistata l' attitudine di servire alla soddisfazione degli umani bisogni. Onde la percezione prematura obbliga il possessore al risarcimento dei danni nella misura dell' utile ricavato, nel caso che il proprietario possa intentare la dimanda di rivendicazione prima del tempo in cui suol farsi regolarmente il ricolto. Ma se egli invece, malgrado il loro stato di eccessiva maturità, trascura di raccoglierli a tempo, non potrà vantare altro dritto contro il proprietario rivendicante, che quello relativo alle spese di produzione (art. 445). Nel caso poi che la separazione dei frutti immaturi sia avvenuta per forza maggiore, come a causa di vento, di grandine, di devastazione o di guerra; il possessore di buona fede li acquisterà irrevocabilmente, nè sarà tenuto ad alcun obbligo di risarcimento verso il proprietario, qualunque sia il profitto che abbia potuto trarne (1).

Può accadere tuttavia che i frutti, non ostante la loro separazione dal suolo, si trovino ancora nel luogo dove sono stati raccolti, ma nella condizione di non poter servire all' uso cui sono destinati od al commercio; come se le spiche del grano mietuto non siano già battute, o l' uva raccolta non si trovi spremuta e cambiata in mosto. Anche in tal caso essi appartengono al possessore di buona fede, poichè la legge tien conto del semplice fatto della separazione: è in quel momento che si determina, in modo assoluto,

(1) Marcadé. vol. II, art. 549; Borsari, vol. II, § 1054.

nel possessore di buona fede il dritto di proprietà sui frutti percepiti; ed una volta nato non può, per virtù di nuove circostanze, risolversi (1). Con maggiore ragione si applichi il medesimo principio nel caso che i frutti, quantunque separati dal suolo, si trovino ancora nel campo che li ha prodotti. « Se i frutti erano raccolti prima della dimanda, comunque ancora non fossero trasportati e fossero rimasti nel campo, essi appartengono al possessore di buona fede; perchè, avendoli raccolti e separati dal fondo, essi sono stati suoi e non gli si può togliere la proprietà, nè impedirgli di trasportare ciò che già ha acquistato » (2).

158. — Riguardo ai frutti civili è un po' malagevole l'esame; poichè non vi ha accordo tra gli scrittori intorno al modo in cui la percezione dei medesimi si compie. Il tutto sta se debbono applicarsi al possesso di buona fede le regole che la legge stabilisce relativamente all'usufrutto, dove dispone che i frutti civili s'intendono acquistati giorno per giorno (art. 481).

Il Demolombe combatte fieramente l'applicabilità di siffatto principio al possessore di buona fede, ragionando nei termini seguenti: « La nostra tesi è che il possessore di buona fede non fa suoi i frutti civili giorno per giorno; chè egli non v'ha neppur dritto a datare dal dì dell'esigibilità; ma che non li acquista se non col pagamento reale ed effettivo..... Si obbietta l'articolo 586 (art. 481 Cod. ital.), il quale crea, dicesi, pei frutti civili una specie di percezione fittizia. La risposta è che questo articolo non è punto applicabile al possessore di buona fede. In prima perchè il suo dritto ai frutti è regolato da disposizioni speciali, che esigono che i frutti siano stati effettivamente da lui percepiti, perchè li guadagni. Indi perchè la differenza è grandissima tra l'usufruttuario o il proprietario e il semplice posses-

(1) DALLOZ, *Répert*, v. « Propr. », n. 363.
(2) DOMAT, *Leggi civili*, lib. III, tit. V, sez. 3, n. 7.

sore di buona fede » (1). L'opposta dottrina è sostenuta dal Laurent: « Il n'y-a pas », egli scrive, « d'autre disposition dans le Code que celle de l'article 586. Si on ne l'applique pas, quelle règle suivra-t-on? Et si l'on n'applique pas l'article 586, de quel droit applique-t-on l'article 584? Dès lors rien de plus juste, que de lui donner droit aux frais civils jour par jour, sans tenir compte du terme où il se payent; d'ordinaire la dépense sera faite quand le terme échoit » (2).

Noi ci sottoscriviamo volentieri alla dottrina del Laurent; chè, o si applicano interamente le regole, concernenti il modo come si acquistano i frutti dall'usufruttuario, al possessore di buona fede, o non si applicano punto: un principio a metà non sappiamo concepirlo. Nè la parola *percezione*, che la legge adopera riguardo al possessore di buona fede, bisogna assumerla nel senso ch'egli debba impadronirsene materialmente; ma nel senso invece che i frutti civili, a misura che maturano, cominciano a divenire di sua pertinenza: *dies cedit sed non venit.* La legge non pone che una sola regola: introdurne un'altra, sarebbe dar campo all'arbitrio.

E poi, l'acquisto dei frutti al possessore di buona fede trae la sua giustificazione dal fatto che solo in lui si trovano le condizioni costitutive del dritto di proprietà - la volontà e l'attività - la connessione fisica e la connessione morale colla cosa. Or sarebbe illogico ed ingiusto a un tempo il far dipendere da una mera accidentalità la perdita di un dritto, che già si possiede in conseguenza di quelle due condizioni che ne formano l'essenza. Ed ancora, quanto ai frutti naturali vi ha luogo a compenso, poichè, se il possessore non li percepisce, malgrado la loro maturità, alla fine del possesso, può darsi che li abbia percepiti anche ma-

(1) DEMOLOMBE, vol. V, n. 268. Confr. AUBRY e RAU, vol. I, § 201; DALLOZ, *Répert.*, v. « Propr. », n. 364; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, vol. III, n. 188.

(2) LAURENT, vol. VI, n. 206 Confr. DOMAT, loc. cit., n. 8; TARTUFARI, vol. I, n. 252 e segg.

turi nel principio del medesimo; nè del resto taluno può farvi sicuro assegnamento prima di averli effettivamente raccolti, trovandosi esposta a tante vicissitudini la loro effettiva percezione. Ma, relativamente ai frutti civili, non può guadagnarli in principio, perchè chi lo ha preceduto li ha già esatti sino al cominciamento del possesso; non può esigerli alla fine, perchè: o la scadenza non è avvenuta o, sebbene avvenuta, il debitore non ha effettivamente pagato. E la legge prometterebbe indarno di far acquistare i frutti al possessore di buona fede! chè egli non li acquisterebbe mai. Ed in ultimo, quanto a' frutti naturali, essendo di varia natura, e facendosi in tempi diversi la raccolta dei prodotti, può nel fatto accadere che, se il possessore non ha acquistati gli uni, ha potuto acquistare gli altri; ma riguardo ai frutti civili invece: o che il pagamento matura a lunga scadenza, o che, sebbene maturato, non è stato eseguito dal debitore, il possessore si troverebbe defraudato, senza colpa alcuna nelle sue giuste aspettative. — L' acquisto dei frutti è un benefizio reale che si determina a pro del possessore in conseguenza della sua buona fede; non può quindi farsi dipendere dal fatto accidentale dell' avvenuto pagamento, chè allora non vi sarebbe equazione perfetta tra la buona fede ed i vantaggi che le sono dovuti.

FINE.

INDICE DELLE MATERIE

DEDICA . . . . . Pag. V
AVVERTENZA VII

NOZIONI GENERALI

CAPITOLO I. — *Fondamento della protezione del possesso* . . . 3

1. La protezione del possesso, spiegata in diverso modo, è riconosciuta da tutti ivi
2. Possesso e proprietà nel rapporto sociale 4
3. Possesso e proprietà nel rapporto individuale 5
4. Sanzioni ivi
5. Efficacia del tempo nello svolgersi degli umani dritti . . 6
6 Conseguenze 9

CAPITOLO II. — *Rapporti giuridici nascenti dal possesso* . . . 10

7. Il fatto fa presumere il dritto ivi
8. Detenzione e possesso 11
9. Il possesso è fatto che può mutarsi in dritto 12
10. Dal possesso si originano rapporti di terzo tra il possessore e il proprietario 13
11. Critica di una opinione del Savigny riprodotta dal Tartufari 14
12. Il possesso, in tutte le sue espressioni, deve ricondursi ad unico principio 18
13. Le azioni possessorie: Jhering e Savigny 22
14. Obbietto del possesso: possesso civile e possesso naturale 29
15. Il possesso inchiude *l'animus rem sibi habendi:* dottrina del Troplong seguita dal Borsari e dal Tartufari 32
16. Critica dell'esposta dottrina 37
17. Conseguenze della stessa 42
18. Continuazione e fine 46

CAPITOLO III. — *Possesso di buona fede* . . . . . Pag. 49

19. Il possesso secondo Scialoja ivi
20. Funzione economica del possesso 50
21. Natura e fondamento giuridico del possesso 52
22. Dritto del possesso. 56
23. Critica di una dottrina dei Codici e continuazione del numero precedente. 61
24. Classificazione del possesso 67
25. Nozione del possesso di buona fede 68
26. Acquisto dei frutti al possessore di buona fede e suo fondamento. 69
27. Chi debba intendersi possessore di buona fede 72
28. Riassunto e passaggio 76

PARTE PRIMA

CAPITOLO I. — *Titolo traslativo* 77

29. L'usurpazione e l'occupazione non possono formar titolo del possesso di buona fede ivi
30. I titoli precarî dànno luogo a semplici rapporti personali . 78
31. I titoli costitutivi di usufrutto, usi ed enfiteusi sono traslativi di dominio 80
32. Nozione del titolo traslativo 81
33. La transazione, il giudicato e la divisione non sono titoli traslativi. 83

CAPITOLO II. — *Titolo putativo* 85

34. Nozione del titolo putativo. ivi
35. Il titolo putativo nel dritto romano 86
36. Gl'interpetri del dritto romano e le antiche consuetudini francesi 89
37. Il Codice francese e i suoi interpetri 90
38. Opinione del Laurent. 92
39. Critica di tale opinione: essa non tiene conto del diverso linguaggio adoperato dal Codice francese negli articoli 550 e 2265. 93
40. Nella buona fede relativa alla percezione dei frutti l'elemento di fatto predomina su quello di dritto 95
41. Analisi dell'articolo 550 del Codice francese con richiamo dell'articolo 2268. 98
42. Inconseguenze del Laurent 102
43. La dottrina del Pacifici-Mazzoni e la relazione del De Foresta nel Codice italiano. 105
44. Valore che debbono avere le dichiarazioni dei compilatori nell'interpetrazione delle leggi 106

45. Genesi ed evoluzione storica della protezione del possesso in generale e di quello di buona fede in particolare . Pag. 111
46. Il possesso di buona fede nel Codice italiano. 115
47. L'articolo 701 e l'articolo 2137 117
48 Il Codice francese e l'italiano: sistema di dritto e sistema di fatto 121
49. Il Codice italiano, accogliendo tanto per la prescrizione della proprietà che per l'acquisto dei frutti il medesimo principio, respinge i titoli putativi: esame degli articoli 701 e 702 . 123
50. Un secondo esame degli stessi articoli 127
51. La dimanda giudiziale 130
52. Ricapitolazione e confronto col Codice francese 134
53. La *Publiciana* 137

CAPITOLO III. — *Titolo universale* 140

54. Obbietto del capitolo ivi
55. La delazione per testamento della cosa altrui, quand'anco costituisca titolo universale rispetto al defunto, non è rispetto al terzo che semplice titolo particolare 141
56. Il titolo *pro herede* nel dritto romano e nel Codice francese 142
57. Lo stesso nel Codice italiano 144
58. Critica della dottrina del Pacifici-Mazzoni 146
59. Pacifici-Mazzoni e Laurent. 148
60. Veri casi di possesso a titolo universale 149
61. Dottrina del Laurent e suo equivoco 150
62. Esposizione di tale dottrina accettata dal Borsari 152
63. Teoria del diritto romano e sua spiegazione storica . . . 154
64. Gl'interpetri del diritto romano e il Codice francese . . . 157
65 Il Codice italiano: l'erede apparente è terzo possessore. . 160
66. Esame delle disposizioni del Codice 162
67. Argomenti razionali e storici 164
68. Nuovo argomento testuale del Codice italiano 168
69. Ne' casi enunciati di erede apparente si ha un possessore di buona fede munito di titolo reale di traslazione? 170
70. Dottrina del Borsari intorno alla buona fede nel possesso ereditario 174
71. Critica di tale dottrina 175
72 Il possesso ereditario e il possesso dei mobili 176
73. Un'ultima parola sulla dottrina del Borsari 179

CAPITOLO IV. — *Il testamento è contratto?* 183

74. Giustificazione del capitolo: la legge e i contratti come fonte di dritti e di obbligazioni ivi
75. L'efficacia del testamento non emana direttamente dalla legge 186

76. Esagerazioni opposte intorno alla legittimità del dritto di testare . . . . . Pag. 187
77. La fantasia e il sentimento nell'infanzia dell'umanità . . 189
78. Le istituzioni sociali nel tempo 190
79. Il testamento nella storia 191
80. Comunanza di motivi e di forme che il testamento ha con gli altri contratti 193
81. Ragioni per cui non si è tenuto conto dei veri caratteri del testamento 194
82. Si hanno nel testamento gli elementi del contratto? . . 195
83. L'attualità del consenso non è condizione essenziale del contratto: causa di tale pregiudizio 196
84. Se il testamento non è contratto manca di giustificazione giuridica. 198
85. Obbiezioni all'indole contrattuale del testamento 199
86. Contraddizione di coloro che ammettono il dritto di proprietà e negano quello di testare 200
87. Nella volontà del defunto e in quella dell'erede stanno i termini del consenso 202
88. Gli effetti giuridici nascenti dal testamento sono l'espressione immediata della volontà delle parti 203
89. Caratteri comuni che il testamento ha con la donazione: forma specifica che il consenso assume nel testamento . 204
90. Il carattere della rivocabilità non annulla, ma conferma l'indole contrattuale del testamento 207
91. Conclusione 208

CAPITOLO V. — *Vizi del titolo* 209

92. La dottrina del Pacifici-Mazzoni e del Borsari ivi
93. Solo i titoli che si originano dalla volontà dell'uomo possono mostrarsi viziati 210
94. Vizi essenziali di sostanza e di forma ivi
95. Mancando taluna delle formalità essenziali il titolo non esiste. 212
96. I contratti solenni del Codice italiano non sono quegli stessi del dritto romano e sono maggiori di quelli del Codice francese: conseguenze 213
97. Il principio di fatto del Codice francese. 216
98. Dottrina del Laurent. 218
99. L'articolo 701 e l'articolo 2137 del Codice italiano: giustificazione di un'opinione del Pothier e sue conseguenze. . 220
100. Rapporto tra l'acquisto dei frutti e la prescrizione della proprietà in quanto derivano dal possesso di buona fede . . 223
101. Quali sono i soli vizi di forma che, ignorati, non ostano all'acquisto dei frutti 225
102. Applicazione al testamento: interpetrazione dell'art. 1311. 228
103 Ragioni della differenza tra l'articolo 701 e 2137 230

104. L'errore di dritto nella percezione dei frutti . . . . Pag. 235
105. Critica di un'opinione del Borsari 236
106. L'errore di dritto scusa? 238
107. Leggi di ordine pubblico e d'interesse privato 241
108. La presunzione della conoscenza della legge e quella della buone fede 245

PARTE SECONDA

CAPITOLO I. — *Buona fede* 247

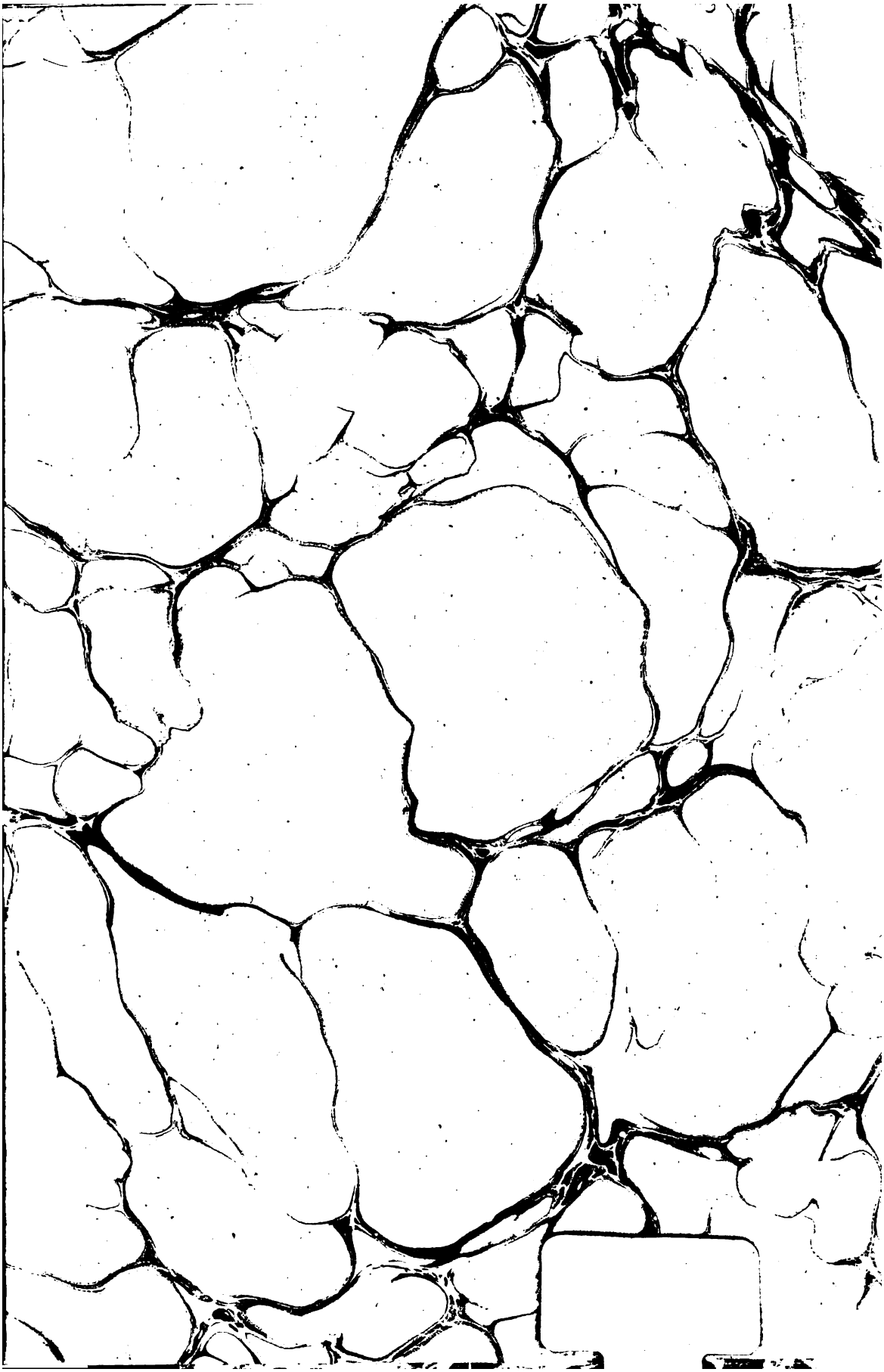
109. Il dritto romano. ivi
110. Buona fede legale 248
111. Elementi della buona fede 250
112. Esame del primo elemento. 251
113. Secondo elemento della buona fede 253
114. Vizi che possono offendere il consenso dell'alienante . . 254
115. Il dolo o la violenza esercitata da altri ed ignorata dal possessore non offende la buona fede. 256
116. L'esercizio o la conoscenza del dolo o della violenza esclude la buona fede 258
117. Diverso criterio tenuto dagli scrittori intorno alla sanabilità di tali vizi, secondochè si tratti della percezioue dei frutti o della prescrizione: dottrina del Troplong e del Duranton riguardo a quest'ultima 259
118. Ragioni di tali diversità di criterio 262
119. Entrambe le dottrine enunciate peccano di opposto eccesso. 264
120. Esposizione della vera dottrina 265
121. Obbiezioni e risposte 268
122. Sanandosi i vizi del dolo o della violenza colla prescrizione o colla conferma, i frutti si acquistano sin dal principio 271
123. Il possessore che acquista dall'incapace, ritenendolo tale, può dirsi di buona fede? 272
124. *Quid* se acquista ignorando la incapacità del suo autore? . 275
125. Dritti ed obblighi del possessore di buona fede. 277
126. Gl'interpetri del Codice napoleonico e il dritto romano. . 279
127. Il Codice italiano: conclusione 283

CAPITOLO II. — *Principio e fine della buona fede* 286

128. Presunzione della buona fede e sua giustificazione . . . ivi
129. Prova della mala fede 289
130. La buona fede è necessaria al momento dell'acquisto . . 290
131. Dottrina del Voet 292
132. Essa non è applicabile nel Codice italiano. 294
133. *Mala fides superveniens nocet?* Il dritto romano, gl'interpetri e il dritto canonico 296

134. Il Codice francese giudicato diversamente da' suoi interpetri . . . . . Pag. 299
135. Il Codice napoletano e l'albertino 301
136. Il Codice italiano 303
137. Giustificazione de' suoi principî 304
138. La dimanda giudiziale 307
139. Suo valore storico e razionale 308
140. Sue fasi ed effetti 311
141. Perenzione 312

PARTE TERZA

CAPITOLO UNICO. — *Dei frutti e del modo di acquistarli* . . . 315

142. Passaggio e partizione del capitolo ivi
143 Discordanza nei testi del dritto romano. 316
144. Esame di un testo delle Istituzioni ivi
145. Significato di un altro del Digesto 319
146. Il dritto romano e i Codici moderni 320
147. Quali siano i prodotti che meritano la qualificazione di frutti bisogna attingerlo al titolo dell'usufrutto. 322
148. Nozione economica del reddito ivi
149. Il possessore di buona fede acquista i frutti 323
150. Critica di un' opinione del Marcadé 324
151. Opinione del Tartufari e sua giustificazione 325
152. Possesso di un usufrutto e di una rendita vitalizia . . . 329
153. Obblighi del possessore riguardo agli utili ritratti ed alle perdite cagionate alla cosa posseduta 330
154 Contraddizione nei testi del dritto romano. 331
155. Modo di risolverla 334
156. Il Codice italiano 336
157. Percezione dei frutti naturali. 338
158 Percezione dei frutti civili 339